Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Dr. Julius Magnus**, Berlin, Rechtsanwalt **Dr. Heinrich Dittenberger**, Leipzig

unter Mitwirkung von Rechtsanwalt **Dr. Dr. Max Hachenburg**, Mannheim.

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13.

Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6gespaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., 1/1 Seite M. 325.—, 1/2 Seite M. 170.—, 1/4 Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postscheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikischplatz 3, Zahlungen auf Postscheckkonto Leipzig 10102 zu richten.
Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Zur Herbsttagung der Deutschen strafrechtlichen Gesellschaft

(16. und 17. Oktober 1931).

Von Geh. Rat Professor Dr. Friedrich Oetker, Würzburg.

Die diesjährige Tagung der Deutschen strafrechtlichen Gesellschaft ist, nachdem in den früheren Verhandlungen das materielle Recht weit überwog, prozessualen Problemen gewidmet: der Gerichtshilfe und dem kriminellen Feststellungsurteil.

Auf das Bedürfnis, zur Ergänzung des Ehrenschutzes in den Strafprozeß Feststellungsurteile aufzunehmen, hatte schon vor geraumer Zeit Binding nachdrücklich hingewiesen. Über diesen Rahmen weit hinausgreifend schlug Beling in seiner bedeutsamen Abhandlung über „Informativprozesse" die Einführung einer dritten Prozeßgattung neben dem Zivil- und Strafprozeß zwecks Vergewisserung von Tatsachen in Befriedigung berechtigten Interesses vor. An Nachfolge, Kritik, Widerspruch hat es nicht gefehlt. Aber erst neuerdings haben diese Forderungen eine Resonanz in weiteren Kreisen gefunden. Ob die bevorstehende Reform unseres Strafverfahrens auf diesem Gebiete bereits Abschließendes wird bieten können, ist mindestens zweifelhaft. Aber daran vorbeigehen darf sie nicht.

Ein ganz anderes Bild gewährt der Stand der **Gerichtshilfe**-Frage. Sie begegnete gleich anfangs allgemeinstem Interesse und ist in einer fast unübersehbaren Zahl von Begriffsbestimmungen, Zielsetzungen, Organisationsvorschlägen erörtert worden. Zu Auseinandersetzungen mit dieser Literatur fehlt der Raum. Auf die sehr verdienstliche Abhandlung von Kern, Soziale Gerichtshilfe: GerS. 100, 389 ff., sei ein für allemal hingewiesen.

I. Gegenüber der bunten Mannigfaltigkeit der Anschauungen und Forderungen in der Diskussion des Gerichtshilfeproblems bedarf es einer grundsätzlichen Verständigung. Eine solche anzubahnen, ist die bevorstehende Tagung bestimmt.

Die gegebene Rechtslage erfordert die vollste Beachtung. Nur vom Boden des Bestehenden aus können sich bestimmte, klare Reformvorschläge ergeben.

Es gibt nicht neben dem objektiven und subjektiven Tatbestand noch eine persönliche Tatseite. Nicht wegen seiner Persönlichkeit, sondern für seine Tat ist ein Rechtsbrecher der Gemeinschaft verantwortlich. Der Prozeß wäre ein Zwangsapparat der schlimmsten Art, wenn jeder Delinquent es sich gefallen lassen müßte, daß seine ganze Lebenshaltung von Kindesbeinen an auf ihr Verhältnis zu den — jeweilig — herrschenden sozialen Anschauungen und Forderungen geprüft würde. Auch der Beste, Tüchtigste hat die Fehler seiner Vorzüge und ist nie davor sicher, einmal bei besonderem Anlaß mit Recht und Moral in Konflikt zu geraten. Ist es nötig, in Erinnerung zu bringen, was Goethe in seiner großartigen Wahrheitsliebe hierüber gesagt hat? daß Feuerbach bekennt, in der leidenschaftlichen Verfechtung seiner Ideen sich zuweilen nur mit Mühe tätlichen Angriffs auf den Gegner enthalten zu haben? Eine durchgreifende Aufteilung der Volksgenossen in soziale und asoziale, antisoziale Glieder ist ja rein unmöglich.

Ein Ausschnitt aus der Kriminalität wird mit dieser gleichgestellt, wenn man in krimineller Betätigung schlechthin „soziale Verwahrlosung" erblickt. Eine Straftat kann Anlaß sein zu einer „sozialen Diagnose" in dem Sinne, daß die soziale Lage des Verbrechers, seine Hilfsbedürftigkeit und deren Ursachen geprüft werden, um die Mittel der Abhilfe zu finden. Aber der Strafrichter als solcher stellt sich diese Fragen immer nur, soweit die gerechte Beurteilung der Tat es erfordert.

Die Erziehung der Unerwachsenen zu nützlichen, wertvollen Volksgliedern verfehlt trotz allem Bemühen und steter Vervollkommnung der Methoden nicht selten ihr Ziel. Zuweilen mag dann noch eine Nacherziehung fruchten. Den Erzogenen auf dem rechten Wege und im Aufstiege zu erhalten, muß ganz wesentlich von dem Vermögen, das die Natur in seine Seele gelegt hat, und der charakterbildenden Kraft des Lebens erwartet werden. Die Erziehung Erwachsener durch Erwachsene, die doch auch nur fehlbare Menschen sind und in der schweren Kunst der Menschenbehandlung oft genug versagen, bleibt immer ein Beginnen mit recht unsicherer Erfolgsaussicht.

Eine Gerichtshilfe mit der Tendenz, die Rechtsstrafe durch Erziehung zu verdrängen, wäre als Einbruch in das Strafrecht schlechthin abzuweisen. Von der Jugendgerichtshilfe muß in diesem Zusammenhange abgesehen werden; sie ließe

sich ohne Eingehen auf die Besonderheiten des Jugendgerichtsgesetzes und seine schweren Mängel nicht würdigen.

Das richtig gefaßte Strafinstitut — Ahndung des Rechtsbruches in generellprävenierender Funktion — ist unentbehrliche Garantie der Rechtsordnung. Der bestimmungsgemäß ausgestalteten Strafjustiz ist die Gesamtwirkung sicher. Besserung des Rechtsbrechers hingegen, soweit überhaupt ein Anlaß vorliegt, sie anzustreben, versagt — um das günstigste Verhältnis zu setzen — ebensooft als sie erreicht wird. An der Sache ändert sich nichts, wenn, wie neuerdings üblich, für Besserung „Erziehung" gesetzt wird. Denn alle Erziehung als ein Anleiten und Anhalten zum Guten will moralische Ertüchtigung und damit Verbesserung des psychischen Status. Aber ein schwerer Irrtum wäre, die Gesamtheit oder auch nur die Mehrheit der Rechtsbrecher als besserungsbedürftig und besserungsfähig — durch die Mittel des Strafvollzugs und anderweite Maßnahmen verwandter Tendenz — zu erachten. Ein Verbrecher aus Überzeugung mag vielleicht — sehr ausnahmsweise — während des Strafvollzugs zu besserer Einsicht kommen; durch den Strafvollzug und das Bemühen der Strafvollzugsbeamten, auch wenn sie mit Engelszungen zu ihm redeten, kaum jemals. War das Vergehen bloße Episode in einer sonst tadelfreien Lebensführung — man denke an Beleidigungen, Körperverletzungen, Widersetzlichkeiten in natürlicher Erregtheit über eine dem Täter widerfahrene Behandlung usw. —, so wäre eine Besserungskur im Gefängnisse deplaziert und könnte nur verbitternd wirken, während Strafe an sich wohl verdient ist. Abschaffung der Strafe durch Erziehung ist ein klares Ziel; die Rechtsordnung freilich würde dabei aus den Fugen gehen. Unverständlich aber bleibt, wie man in einem Atem die Strafe als ultima ratio bei versagender Erziehung gelten läßt und zugleich ihr Wesen gerade in die Erziehung setzt.

Gerichtshelfer, die es darauf ablegten, die Strafgewalt dem Erziehungsgedanken zu unterwerfen, wären nicht Bundesgenossen, sondern Widersacher der Strafjustiz. Diese Rolle würde ein Helfer haben, dem die Aufgabe zufiele, als Prozeßbeteiligter die Interessen der „Gesellschaft" zur Geltung zu bringen, während der Staatsanwalt die des Staates zu vertreten hätte. Soll das Gericht die Wahl haben zwischen sozialer Anforderung und Rechtsgebot und der Helfer als ein Nebenintervenient — mit den Ansprüchen eines Hauptintervenienten — das Urteil anfechten können, wenn er es für sozialwidrig erachtet?

Unterstützung des Gerichts durch besondere „Helfer" mag gelegentlich dazu beitragen, daß Strafe nicht oder daß mildere Strafe eintritt, Heilbehandlung sie ersetzt oder ergänzt, indem Umstände zur Geltung gebracht werden, die für die Frage der Zurechnung, der geminderten Zurechnung ins Gewicht fallen. Aber zumeist wird die normale Ermittelungstätigkeit, wie sie vom Gericht und der Staatsanwaltschaft von jeher geübt worden ist, während an spezifische Gerichtshilfe im modernen Sinne noch niemand dachte, in Verbindung mit der abwehrenden Funktion der Verteidiger schon das nötige Material erbringen und ein Bedürfnis sachverständiger Begutachtung klarstellen. Die Bedeutung der Gerichtshilfe darf gewiß nicht wesentlich oder nur vorwiegend in einer Entlastung der Beschuldigten gefunden werden.

Die Funktionen der Strafrichter und Staatsanwälte sind mit dem Zwecke der Verbrechensbekämpfung unzweideutig bestimmt. Sie erschöpfen sich in möglichst vollständiger Herbeischaffung des tatsächlichen Materials, in sorgsamer Vergleichung des so gewonnenen Bildes mit dem in Betracht kommenden Deliktstatbestand in seinen objektiven und subjektiven Erfordernissen, in Prüfung der Schuld und des Schuldmaßes: mit dem Ergebnis der Freisprechung oder der gesetzentsprechenden Strafbestimmung.

Zur Erfüllung dieser Aufgaben bedürfen die Organe der Strafrechtspflege in weitem Maße der Unterstützung durch die Kriminalpolizei und durch sachverständige Begutachtung. Die polizeilichen Hilfsorgane der Justiz „Gerichtshilfe" zu nennen, wäre nichtssagend, wenn nicht mißverständlich. Es ist überhaupt sprachwidrig, das Wort „Hilfe" von der helfenden Tätigkeit auf die Helfer zu übertragen. Mit dieser Bezeichnung mag sich in unklaren Köpfen die Vorstellung, bei radikalen Reformern die Tendenz verbinden, daß die Gerichtshilfe als ein bisher nicht gehörig beachteter eigenartiger Organismus im Strafverfahren bereits bestehe oder — Neuerungsverlangen — als ein solcher zu schaffen sei, gleichberechtigt mit den Faktoren Gericht und Staatsanwaltschaft. Zuweilen auch laufen wohl jene Idee und dieses Bestreben unscheidbar ineinander.

Die polizeilichen „Helfer" der Staatsanwälte, der Richter sind in unserer Zeit häufig zu einer Stellung und einem Einfluß gekommen, die sie aus Dienern zu Herren gemacht haben. Während ihnen bestimmungsgemäß der Justiz gegenüber nur die Rolle von Beauftragten, Ersuchten oder von Geschäftsführern ohne Auftrag zufällt, betreiben sie oft genug die gesamte Ermittelungstätigkeit in voller Unabhängigkeit und maßgebend für Staatsanwaltschaft und Gericht wie eine ihnen selbständig zukommende Aufgabe. Sie sammeln das Material, auf Grund dessen der Staatsanwalt die Anklage erhebt oder die Einstellung des Verfahrens veranlaßt, und es fehlt dabei nicht an Verstößen gegen den Sinn oder gar gegen den klaren Wortlaut des Prozeßgesetzes. Kompetenzüberschreitungen, die sich aus dem Mißverhältnis zwischen der wachsenden Geschäftslast und dem vorhandenen Justizpersonal in Verbindung mit nicht immer zureichender Durchbildung der Staatsanwälte, Richter in den Methoden der vielgestaltigen, stetig sich erweiternden und komplizierenden modernen Kriminalistik ergeben. Ein Übelstand, dem sich bei der traurigen Finanzlage der Gegenwart nur sehr unvollkommen abhelfen läßt, dessen Beseitigung aber mindestens ebenso wichtig wäre als die Heranziehung spezifischer Gerichtshelfer im Sinne neuzeitlicher Forderungen.

Mit besserem Rechte als die Organe der Kriminalpolizei könnte man die Sachverständigen „Gerichtshelfer" nennen. Ihre Beihilfe ist ja dem Gerichte zur Erfüllung der Urteilsaufgabe unentbehrlich; sie verfügen über Kenntnisse und Fähigkeiten, die dem Richter nur zufällig eignen, und die er jedenfalls, weil nicht zugleich Beweisperson, nicht unter Abstandnahme von Sachverständigen-Zuziehung selbständig verwenden kann; sie werden zwar nur auf Weisung des Richters oder mit dessen Zulassung tätig, sind aber in diesen Untersuchungen und Begutachtungen ebenso unabhängig wie der Richter bei Fällung seines Urteils.

Berechtigtem Reformstreben entspricht es, der Kriminalpsychologie erhöhten Einfluß im Strafverfahren zu sichern. Neben dem Psychiater, dem Gerichtsarzt, dem Chemiker usw. kann der Psycholog der Justiz wertvollste Dienste leisten. Es ist unverwehrt, diese psychologische Betätigung „Gerichtshilfe" zu nennen. Wie zur Würdigung zweifelhafter Geisteszustände von Beschuldigten, vielleicht auch von Zeugen der Psychiater auf den Plan gerufen wird, so fällt die Beurteilung konkreter seelischer Prozesse vorwiegend in die Sphäre des Psychologen. Nicht selten mag sich ein Zusammenarbeiten beider empfehlen, sind doch das Normale und das Pathologische nicht durch scharfe Grenze geschieden. Ohne die Kenntnis der Genesis des Verbrechens in der Seele des Täters bleiben oft die Schuld im Rechtssinne und immer das genaue Abmaß der konkreten Verschuldung unerfaßbar für den Richter. Wie sollte er den Beistand des psychologischen Fachmanns — zur Ergänzung der eigenen Seelenkunde und Erfahrung — von der Hand weisen? Die rüstig vorwärtsschreitende experimentelle Psychologie gewährt anders nicht erreichbare Aufschlüsse über das Zeitmaß, das ein geistiger Vorgang, eine Wahrnehmung, Entschlußbildung beansprucht, über die Bedingungen, unter denen sich diese Prozesse vollziehen, über Willenshandlung und bloße Reflexbewegung, über bewußtes und unbewußtes Tun, über Sinnestäuschungen, Zuverlässigkeit der Erinnerungen und die Befähigung zu ihrer korrekten Wiedergabe, über die Stärke der Affekte auf der Grundlage einer bestimmten seelischen Qualifikation usw. Kurz, zu den leistungsfähigsten und häufig unentbehrlichen „Gerichtshelfern" gehört nach dem Stande unserer heutigen Kenntnisse der Psycholog. Ein guter Teil der Leistungen, die man von der „Gerichtshilfe" erwartet, ist durch ihn erreichbar.

Alle Ermittelungen und Beratungen, deren die Justiz bedarf zur Erhebung des Sachverhalts, zur Vermeidung nicht veranlaßten Prozesses, zur Lösung der Schuld- und Straffrage im Prozesse und während des Strafvollzugs, insbes. soweit in ihm nach der Art der Vergehung und nach der Persönlichkeit des Delinquenten dessen Besserung als Nebenzweck anzustreben ist, lassen sich auf den bisher eingeschlagenen

Wegen durch Erkundigungen bei der Polizei, bei Gerichts-, Verwaltungsbehörden, Selbstverwaltungsorganen, Wohlfahrtsvereinen usw., gegebenenfalls mit Beihilfe von Sachverständigen, ohne Zuziehung besonderer „Gerichtshelfer" erreichen. Aber es mag sich empfehlen, in großstädtischen Verhältnissen insbes., zwischen Staatsanwaltschaft, Gericht, Vollstreckungsbehörde und den Stellen, die zur Beschaffung von Auskunft und von sachverständigem Beirat möglicher-, wahrscheinlicherweise in der Lage sind, Zwischenglieder einzuschieben, unter Entlastung jener Behörden und in Verwertung der Sachkunde und der Erfahrung des vermittelnden Organs.

Auch kann es von Wert sein, daß die Staatsanwaltschaft im Ermittelungsverfahren die Hilfe freiwilliger ehrenamtlicher Helfer unter sorgsamer Auswahl der Personen in Anspruch nimmt. Bei Prüfung der Verdachtsfrage ist die strafverfolgende Behörde nicht an die Grundsätze des strafprozessualen Beweisrechts gebunden. Tatsächliche Angaben der Helfer brauchen nicht unter Beweis gestellt zu sein. Es ist auch nicht notwendig, immerhin erwünscht, daß sie vom Helfer selbst „glaubhaft" gemacht seien. Jedenfalls darf es an der Prüfung der Glaubwürdigkeit, unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Helfers nicht fehlen. Das zur Eröffnung berufene Gericht kann bei Beurteilung der Verdachtsfrage solche Materialien nicht mit verwerten, für die aller Voraussicht nach eine beweismäßige Feststellung in der Hauptverhandlung nicht erreichbar ist.

Von der Staatsanwaltschaft beschaffte Helferberichte gehören zu den Akten des Ermittelungsverfahrens, sind mit ihnen dem zur Eröffnung berufenen Gericht vorzulegen, und es erstreckt sich auf sie das Einsichtsrecht der Verteidigung (§ 147 StPO.). Geheime Dossiers darf es im Strafverfahren nicht geben. Die Verteidigung muß in der Lage sein, zur Entkräftung der Berichtsangaben die geeigneten Beweisanträge zu stellen. Die Helferberichte sind nicht, wie es unkritischer Begeisterung für soziale Gerichtshilfe vielleicht erwünscht erscheinen möchte, eine besondere Art von Urteilsgrundlagen, die außerhalb des Beweisrechts der Strafprozeßordnung ständen.

Während das Strafverfahren die Täterpersönlichkeit nur in Relation auf die Tat, soweit deren gerechte Beurteilung es erfordert, zum Untersuchungsobjekt macht, bezielen die Maßregeln der Besserung, Sicherung usw. Menschenbehandlung, wozu eindringende Kenntnis von diesem Menschen, gewonnen durch möglichst erschöpfende, in lückenloser Vollständigkeit freilich nicht erreichbare Erforschung seiner physischen, psychischen Beschaffenheit, seiner ererbten, erworbenen Eigenschaften, seines Vorlebens, der Erziehung, die er genossen hat, seiner Lebenslage, der Umwelt, in die er gestellt war und ist, die unerläßliche Voraussetzung ist. Nachforschungen in solcher Ausdehnung würden in aller Regel die einem Strafverfahren gewiesenen Grenzen sprengen, sie gehören vielmehr, was die Entwürfe zum StGB. leider verkennen, in ein besonderes vom Strafprozesse getrenntes Verfahren, dürfen nicht dem ohnehin über Gebühr belasteten Strafrichter als eine Nebenaufgabe, die nur schablonenhaft von ihm erledigt werden könnte, zugeteilt werden. Die gegebene Instanz ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der im Vormundschaftlichen, im Entmündigungsverfahren durchaus analoge Funktionen erfüllt und nicht, wie der Strafrichter, mit einem Klaganspruch zwischen Parteien befaßt an die akkusatorische Form gewiesen ist, sondern in einem inquisitorischen Rechtsgange und nach Grundsätzen des Freibeweises über Maßregeln zum Wohle des Betroffenen und der Gemeinschaft zu befinden hat. Der innere Unterschied der Prozeduren ist durch den Gegensatz des Rechtsprechens und des Verwaltens bestimmt. Ihre Vereinigung in einem Verfahren kann nur nach beiden Richtungen hin Verwirrung bringen und droht der Rechtsstrafe, wie der Erziehung, Besserung usw. inhaltliche Verfälschung. Ein Rechtsverwaltungsverfahren, zu dem ein deliktischer Tatbestand nur den Anstoß gibt, das nicht Rechtsfindung bezweckt, unter den Gesichtspunkten der salus publica und der individuellen Fürsorge, Erziehung, Besserung, Heilung steht, muß in freier Beweglichkeit, bei voller Weite des Ermessens, unter steter Zulassung von Änderungen nach Bedarf sich entwickeln, duldet nicht die Formenstrenge eines Rechtsganges, die Bindung an das Beweisrecht des Strafprozesses, an die Grundsätze der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit, Öffentlichkeit, an das Rechtskraftsprinzip, wenn auch zur Fernhaltung unbegründeter Freiheitsbeschränkungen auf Rechtskontrollen nicht verzichtet werden kann.

Ein Bedürfnis der Ermittelung und Ratserholung besteht hier weit über die Grenzen einer auf Tatbestandsnormierung gerichteten Prozedur hinaus. Eine Diagnose der Persönlichkeit soll gewonnen, eine Prognose der mutmaßlichen Wirkung bestimmter Behandlungsmethoden ermöglicht werden. Nach diesen Zwecken bestimmt sich der Kreis der Helfer. Zu einem erheblichen Teile sind es dieselben, die vom Strafrichter und Staatsanwalt beigezogen werden. Von Ausschaltung der Polizei kann nicht die Rede sein. Ohne deren Beihilfe ließen sich wesentliche Punkte, die Lebensverhältnisse der Person, ihr wechselnder Aufenthalt, ihre Betätigungen, Vermögenslage, ihr Leumund usw., überhaupt nicht oder nur unter besonderen Schwierigkeiten und nicht verläßlich genug eruieren. Ein schwer begreiflicher Fehler des Strafregisterrechts, der baldigst berichtigt werden sollte, und der auch im Strafverfahren sich fühlbar machen muß, ist die nur aus falscher Humanität erklärliche völlige Tilgung der Registereinträge nach Ablauf längerer Zeit, wodurch auch der modernen Erblichkeitsforschung wichtige Daten, für die es einen irgend zureichenden Ersatz nicht gibt, entzogen werden.

Kompetente Unterstützung des Richters hingegen bei der Persönlichkeitsprüfung in intellektueller, moralischer Hinsicht, in den Fragen der Besserungs- usw. Aussicht, der geeigneten Anstaltsverwahrung und -behandlung kann nicht bei den Polizeiorganen, wohl bei Anstaltsvorstehern und -beamten, bei Geistlichen, Erziehern usw. und bei solchen Personen erwartet werden, die sich in freier Liebestätigkeit der entlassenen Sträflinge, der Gefallenen und sonst Stützungsbedürftigen erfolgreich annehmen. Gegenüber sich bietenden Helfern privaten Charakters, die nicht durch Amts-, Berufspflicht gebunden sind, wird allerdings Vorsicht am Platze sein. Dilettantismus ist fernzuhalten, und manche Anzeichen sprechen dafür, daß er gerade auf diesem Gebiete sich vorzudrängen bestrebt ist.

Daß der Richter niemals dem Klatsche sein Ohr leihen, nicht der Leichtgläubigkeit von Helfern zum Opfer fallen darf, versteht sich. Unkontrollierbare Angaben und Mitteilungen fragwürdiger Auskunftspersonen sind wertlos. Wer einmal erlebt hat, wie in Gerichtsverhandlungen, z. B. in Ehebruchsprozessen, unverantwortliches Gerede von Nachbarn, Dienstboten usw. bei eidlicher, auf den Grund gehender Vernehmung sich in ein Nichts aufgelöst hat, weiß die Gefahren mangelnder Skepsis der Verfahrensleitung zu würdigen.

Die Schutzaufsicht in ihrer Verbindung von Fürsorge und Gewaltrecht ist ihrem Wesen nach eine Pflegschaft und sollte auch als solche, als ein Gebilde der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ausgebaut werden. In seinem Bericht über die Bewährungsfrage dient der Pfleger der entscheidenden Stelle als Auskunftsperson und Gutachter.

Als spezifische Gerichtshelfer hat man neuerdings besonders zu bestellende „Sozialpädagogen" empfohlen. Allein an Personen, die lediglich diese begutachtende Funktion zu erfüllen hätten, ist doch wohl nicht gedacht. Durch eine solche einseitige Betätigung würde die Qualifikation der Helfer gewiß nicht erhöht. Welche Voraussetzungen sollten für die Bestellung gelten? Welche Instanzen hätten ein Vorschlagsrecht und wem fiele die Ernennung zu? Das Bedenken ist nicht abzuweisen, daß so ein Stück Politisierung, „Sozialisierung" in die Rechtspflege Eingang fände. Vielmehr ist dem Richter zu überlassen, wo er sich Rats erholen will. Ein Zwang für ihn, sich ausschließlich oder vorzugsweise an bestimmte Personen zu wenden, darf nicht bestehen. Die Erfahrungen, die er bei seinem Bemühen um brauchbare Beratung macht, werden ihn schon von selbst leiten.

Der Gegensatz zwischen den gesetzlich gebundenen Beweiserhebungen im Strafprozesse und der weitgehenden Freiheit in der Beschaffung und Verwertung des Materials für ein Rechtsverwaltungsverfahren zwecks bessernder, unschädlichmachender Internierung von Personen, die in ihrem eigenen und im Interesse der Gesamtheit sich nicht selbst überlassen bleiben dürfen, und der Verhängung sonstiger Freiheitsbeschränkungen aus dem gleichen Grunde darf nicht verwischt werden.

Das Prozeßgesetz bestimmt, unter welchen Voraussetzungen

schriftliche Auskünfte und gutachtliche Äußerungen in der Hauptverhandlung verlesen werden dürfen, die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen in Wegfall kommt[1]). Material, das nicht in prozeßordnungsmäßiger Form zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden ist, kann nicht Urteilsgrundlage sein. Helferberichte, die nicht verlesen werden durften, insbes. Leumundsbekundungen, dürfen erst recht nicht unverlesen benutzt werden. Die Gerichtshelfer sind immer nur als Zeugen oder Sachverständige beteiligt. Zu plädieren haben lediglich die Parteivertreter, Staatsanwalt und Verteidiger. Das Schrifttum über Gerichtshilfe ergibt, daß im Streben, sie zur vollen Entwickelung zu bringen, oft genug gegen diese Grundsätze verstoßen worden ist, Urteile ergangen sind, die auf Revision hin unbedingt der Aufhebung verfallen wären. Gegen diese gesetzwidrige Praxis muß entschiedene Verwahrung eingelegt werden. Ihr ist es wohl mit zuzuschreiben, daß die Verteidiger der Gerichtshilfe meist wenig sympathisch gegenüberstehen.

Dem Rechtsverwaltungsverfahren hingegen wäre die Formenstrenge des Prozesses nur abträglich; der Richter ist souverän in seinen Ermittelungen und kann jede ihm beachtlich erscheinende Auskunft und Beratung verwerten, ohne an die Regeln der Zeugen-, Sachverständigenvernehmung gebunden zu sein. In erhöhtem Maße gilt diese Freiheit in der Ermittelung und Beurteilung für das Verfahren in Gnadensachen. Das gegebene Vorbild findet das Internierungsverfahren, wie a potiori die Untersuchungen zwecks Verhängung bessernder, heilender, unschädlichmachender Maßnahmen genannt werden mögen, in dem Verfahren des RG. über die freiwillige Gerichtsbarkeit — Modifikationen vorbehalten. Je freier aber der Richter gestellt ist, um so mehr trifft ihn die Pflicht sorgsamer Prüfung zur Vermeidung schwerwiegender Mißgriffe.

Straf- und Sicherungs- usw. Maßnahmen in derselben Hand und auf Grund desselben Verfahrens, das doch nicht zugleich akkusatorisch und inquisitorisch sein kann, ergeben eine unnatürliche, undurchführbare, in jedem Betracht schädliche Verbindung.

Das Rechtsverwaltungsverfahren ermöglicht eine freiere Entfaltung der Gerichtshilfe, als im Rahmen eines Strafprozesses bei Gleichbehandlung der heilenden, sichernden Maßnahmen mit der Strafe erreichbar ist; ein Gesichtspunkt, der gerade von den Befürwortern möglichst ungehemmter Gerichtshilfe nicht übersehen werden sollte.

Vor dem Irrtum endlich, der Helfer, dem es ja gewiß unbenommen ist, auf ein Bedürfnis der Fürsorge hinzuweisen, sei selbst Fürsorger und deshalb gerade dem Kreise der Fürsorgeorganisationen zu entnehmen, oder er habe dem Beschuldigten nach Art eines Verteidigers und in Konkurrenz mit diesem Beistand zu leisten, ist eindringlich zu warnen. Er soll dem Rechte, dem öffentlichen Wohle dienen, nicht Prozeßparteien, nicht den „Beteiligten" des Rechtsverwaltungsverfahrens.

II. Während die Gerichtshilfe durch die Praxis weiter Gebiete bereits Eingang in das Strafverfahren gefunden hat, ist das kriminelle Feststellungsurteil — von gewissen bisher nicht erkannten Besonderheiten des Privatklageverfahrens, die hier beiseite bleiben müssen, abgesehen — Projekt geblieben. Voraussichtlich wird das Feststellungsurteil zunächst nur insoweit sich durchsetzen, als es zur Beseitigung offensichtlicher Schäden des Injurienprozesses geboten ist. Aber diesem ersten Schritt werden wohl sicher weitere folgen. Zur Zeit wären durchgreifende Gesetzesvorschläge — im Sinne des Belingschen Informativprozesses usw. — kaum als aussichtsreich zu erachten.

Der nahe Zusammenhang des so begrenzten Problems mit dem materiellen Injurienrecht (Beschränkung, Ausschluß des Wahrheitsbeweises in bestimmten Fällen der Beleidigung und Einfluß berechtigter Interessen usw.), mit den Privilegien der Straflosigkeit (von Abgeordneten, Berichterstattern), mit der Beweislast im Strafprozesse, mit der Ausgestaltung der Privat- und Nebenklage usw. liegt klar zutage.

Das Bedürfnis krimineller Feststellung erhellt besonders deutlich im Strafverfahren wegen übler Nachrede. Die Praxis sieht in dem Nichterwiesensein der behaupteten usw. Tatsache nicht ein Tatbestandsmerkmal, so daß den Täter der gute Glaube an die Erweislichkeit nicht schützt. Unverkennbar aber wird auf diesem Wege das Grundprinzip „Keine Strafe ohne Schuld!" verletzt. Den Täter trifft die Strafe der üblen Nachrede, auch wenn er durchaus einwandfreie Zeugen für die von ihm behauptete usw. Tatsache hatte, diese aber zur Zeit des Strafverfahrens bereits verstorben oder nicht auffindbar waren. Während in Wahrheit die Annahme der Erweislichkeit den Vorsatz der üblen Nachrede ausschließt und nur eine Fahrlässigkeitsstrafe de lege ferenda zu erwägen wäre, behandelt die Praxis die üble Nachrede wie ein schuldfreies Delikt. Dieser Widerspruch zu einer Grundwahrheit des Strafrechts kann den Gerichten nicht entgangen sein, und man erkennt unschwer den Anlaß dazu in dem Mangel eines kriminellen Feststellungsurteils. Trifft mit Unwahrheit, Unerweislichkeit des Vorwurfs guter Glaube des Täters zusammen, so ist eins von zwei übeln unvermeidlich: Verurteilung, obwohl es am Vorsatz fehlte, oder Freisprechung unter arger Belastung des Bezichtigten, indem nun Dritte den Vorwurf als begründet erachten. Es begreift sich, daß die Gerichte lieber den Urheber der Ehrenkränkung als den Betroffenen leiden lassen. Durch Erklärung der Nicht-Schuld des Täters unter Feststellung der Unwahrheit, des Unerwiesenseins der Bezichtigung wäre das Dilemma beseitigt. Zu weit ginge, die Feststellung auch gegen den Willen des Privatklägers, Nebenklägers eintreten zu lassen, doch bedürfte es nicht eines besonderen Feststellungsantrags, nur Verzicht auf Feststellung käme in Betracht. Vollends unveranlaßt wäre, im Falle erhobener öffentlicher Klage die Feststellung durch Anschluß des Verletzten als Nebenkläger zu bedingen.

Die Straflosigkeitsprivilegien schließen mit dem Strafanspruch die Strafklage aus, aber eine bloße Feststellungsklage — in Form öffentlicher oder Privatklage — sollte dem Angegriffenen zustehen.

Diese Andeutungen genügen, um die praktische Bedeutung eines Themas zu zeigen, das zu erschöpfen die Zeit noch nicht gekommen ist.

[1]) Die Frage, ob neben den Geistlichen, Ärzten usw. unter Umständen noch andere Personen, denen der Beschuldigte sein Vertrauen geschenkt hatte, von der Zeugnispflicht zu befreien seien, kann hier nur aufgeworfen werden. Man erwäge etwa den folgenden Fall: ein Menschenfreund im besten Sinne erbietet sich in öffentlicher Ankündigung Verzweifelten, die nicht mehr aus und ein wüßten, unter dem Versprechen vollster Verschwiegenheit kostenlos Rat und Beistand nach bestem Vermögen zu gewähren („Meldestelle für Verzweifelte"). Er wird sicher manches kriminelle erfahren. Soll ihm unbesehen durch Verhängung des Zeugenzwangs usw. seine humane Betätigung unmöglich gemacht werden? Das Interesse der Strafjustiz, die in den Mitteilungen an diesen „Helfer" eine Erkenntnisquelle hätte, die ihr sonst nicht geflossen wäre, ist doch nicht allein entscheidend. Die Gefahr des Mißbrauchs wird nicht übersehen. Es gilt, unter Sanktionierung richterlichen Ermessens, ohne das nicht auszukommen wäre, die nötigen Kautelen zu finden usw. Das Beispiel zeigt, daß das aufgeworfene Problem trotz naher Berührung mit der Gerichtshilfe nicht Gerichtshilfeproblem ist.

Das Gnadenrecht in der Kriegs- und Nachkriegszeit.

Von Reichsgerichtsrat Dr. F. Hartung, Leipzig.

Zu den politischen Schlagworten unserer an derartigen Spracherzeugnissen gewiß nicht armen Zeit gehört auch dasjenige von der Verweichlichung der Strafjustiz. Nicht selten hört man es — und man hörte es vor einigen Jahren noch häufiger als heute — gerade auch aus dem Munde von praktischen Strafjuristen, von Strafrichtern und Staatsanwälten. Versucht man, durch den Nebel der Phrase hindurch zu den tatsächlichen Grundlagen vorzudringen, auf denen derartige Äußerungen beruhen, so stößt man regelmäßig — neben anderen — auf Klagen über eine angeblich zu weit

gehende, das öffentliche Interesse an der Verbrechensbekämpfung gefährdende Handhabung des Gnadenrechtes. Ein mir befreundeter Oberstaatsanwalt kleidete das Ressentiment, das innerhalb der an der Strafrechtspflege mitwirkenden Beamtenkreise gegen die Ausübung des Gnadenrechtes unleugbar vorhanden ist, einmal in die Worte: „Wir kommen uns so vor, als wären wir nur noch zu unserer eigenen Übung da. Die eigentliche Entscheidung fällt doch regelmäßig erst in der Gnadeninstanz." Besonders auffälligen, über das Ziel weit hinausschießenden Ausdruck fand die verbreitete Mißstimmung in einem Aufsatz, den Baumbach: DJZ. 1928, 38 veröffentlicht hat. Diese Auslassung eines hohen ehemaligen Richters löste damals eine heftige Polemik aus, die insbes. bei den Beratungen des Justizhaushalts für 1929 im Preußischen Landtag ihren Ausdruck fand.

Auf der anderen Seite wurde die „Gnadenpraxis" gewissermaßen zu einem Regierungsgrundsatz erhoben. Als der derzeitige preußische Justizminister sein Amt antrat, verkündete er — unter starkem Beifall der Öffentlichkeit, gewissermaßen als einen Teil seines Programms — den Willen, an der bewährten Gnadenpraxis seines Amtsvorgängers festzuhalten (vgl. JW. 1929, 833; 1931, 638).

Wo so verschiedenartige Auffassungen in den nächstbeteiligten Kreisen herrschen, da lohnt es wohl, sich einmal — ohne Leidenschaft und Voreingenommenheit — Rechenschaft abzulegen über den Zustand des Gnadenrechts, sich klar zu werden, wie er sich neuerlich entwickelt hat, was daran — und das ist schon wesentlich schwieriger — gut und böse ist, was wert ist, erhalten zu werden, und was reformbedürftig erscheint. Ich gehe dabei von den Zuständen in Preußen aus. Sie sind typisch für diejenigen in den anderen deutschen Ländern und dort in weitem Umfang vorbildlich geworden, wenn natürlich auch in den Einzelheiten vielerlei Abweichungen bestehen.

Wir haben, daran kann kein Zweifel sein, eine gewisse Inflation des Gnadenrechtes erlebt, stecken zum Teil noch darin; und es gehört — das ist durchaus Gemeingut aller derer, die an maßgebender Stelle bei der Strafrechtsreform mitzuwirken haben — zu den wichtigsten Aufgaben dieser Reform, auf dem Gebiete des Gnadenrechtes eine Stabilisierung herbeizuführen, es auf sein vernünftiges Maß wieder einzuschränken und in der Reinheit des Grundsatzes wieder herzustellen. Mancherlei Beiwerk, das es heute beschwert, wird dabei abfallen müssen.

Jene Inflation des Gnadenrechtes ist — das sei gleich vorweg gesagt — nicht eine Folge der Änderung unserer staatsrechtlichen Verhältnisse. Die Staatsumwälzung ist, darüber wird später noch zu reden sein, allerdings auf die Entwicklung des Gnadenrechtes nicht ohne Einfluß geblieben. Die entscheidenden Voraussetzungen des derzeitigen Zustandes beruhen aber in den verfassungsmäßigen Verhältnissen der Vorkriegszeit, ja der Zeit vor der Neuschaffung des Reiches.

Das Gnadenrecht hat im monarchischen Preußen stets als eines der wichtigsten und schönsten Vorrechte der Krone und deshalb als unantastbar und uneinschränkbar gegolten. Jeder Versuch, in dieses Heiligtum, in dieses Kleinod des Königtums, einzugreifen, galt fast als ein Angriff auf die Verfassung selbst. Um den Geist jener Zeit zu verstehen, ist es nützlich, sich daran zu erinnern, daß Bismarck, als bei der Schaffung des derzeit noch geltenden StGB. im Reichstag Neigung zur Abschaffung der Todesstrafe hervortrat, damit drohte, lieber die ganze Vorlage scheitern als mit der Todesstrafe das Recht des Königs auf Bestätigung der Todesurteile beseitigen zu lassen.

Dabei wurde und wird das Gnadenrecht überaus weit gefaßt. Als ausschließliche Angelegenheit der Gnade gilt jedwede Milderung eines rechtskräftigen Urteilsspruches in Straf- und Disziplinarsachen, nicht bloß die Verkürzung oder Verminderung der Strafe oder ihre Überführung in eine leichtere Strafart, sondern auch jede Hinausschiebung ihres Vollzuges, jeder Aufschub einer Geld- oder Freiheitsstrafe, jede Gewährung von Teilzahlungen oder von Strafunterbrechungen. Als bei der Schaffung der StPO. vom 1. Febr. 1877 im Reichstag der Versuch unternommen wurde, das Recht des Strafaufschubs gesetzlich zu regeln und den Strafvollstreckungsorganen als solchen zuzuweisen, wurde dagegen von seiten der Regierung der schärfste Widerspruch erhoben. Die Fassung der §§ 455, 456, 458 der geltenden StPO. zeugt noch heute von jenen Kämpfen. Nur im Rahmen des § 455 — d. h. bei Geisteskrankheit oder bei einer das Leben unmittelbar bedrohenden Krankheit des Verurteilten — ist Raum für eine Entscheidung der Vollstreckungsbehörde als solcher unter Kontrolle durch das Vollstreckungsgericht; und auch das gilt nur für die Hinausschiebung des Vollzugsbeginns, nicht für die Unterbrechung der Strafvollstreckung. Nur in diesen besonderen Ausnahmefällen ist der Aufschub der Strafvollstreckung eine gesetzlich geregelte Funktion der Strafrechtspflege. Was darüber hinausreicht, ist nach weit zurückgehendem preußischem Gewohnheitsrecht Sache der Gnade. Zwar ist es 1877 gelungen, den heutigen § 456 in die StPO. hineinzubringen, nach dem die Vollstreckung aufgeschoben werden kann, wenn sie dem Verurteilten oder seiner Familie erhebliche, außerhalb des Strafzwecks liegende Nachteile bringen würde. Aber die dort vorgesehene Entscheidung ist — darüber kann nach der Vorgeschichte kein Zweifel bestehen, und ist sich die Praxis einig — ausschließlich dem Inhaber des Gnadenrechtes vorbehalten; die Organe der Strafrechtspflege als solche haben damit nichts zu schaffen. Die Bestimmung bindet auch den Träger des Gnadenrechtes nicht, weder positiv: denn sie stellt die Entscheidung in sein Ermessen, noch negativ: denn sie hindert ihn nicht, Gnade auch über die Richtlinien des § 456 StPO. hinaus zu gewähren. Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist also gering, und nur daraus ist es zu erklären, daß die Regierung sie damals überhaupt hingenommen hat.

In der überaus weiten Ausdehnung, die als Herrschaftsbereich der Gnade anerkannt ist, haben wir die Grundlage für unsere heutige Entwicklung vor uns.

Natürlich konnte von vornherein nicht daran gedacht werden, das weite Gebiet, das der Gnade hiernach offen stand, in einem Land von der Größe Preußens von einer zentralen Stelle aus zu beherrschen. Es mußte vielmehr eine Übertragung des Gnadenrechtes auf nachgeordnete Behörden in einem gewissen Ausmaße vorgesehen werden.

Eine derartige Übertragung bestand schon lange Zeit vor der Reichsgründung für das gesamte Gebiet des Strafausstandes, d. h. des reinen Aufschubs der Strafvollstreckung (ohne Aussicht auf späteren Straferlaß), einschließlich der Unterbrechung bereits im Vollzug befindlicher Freiheitsstrafen und der Gewährung von Zahlungserleichterungen bei Geldstrafen. Zur Zeit verkörpert sich der Rechtszustand auf diesem Gebiet in Preußen in der AllgVfg. des JustMin. vom 22. Dez. 1911 (mit zahlreichen späteren Abänderungen).

Nach der derzeitigen Regelung steht das Recht des Strafausstandes — das ist der technische Ausdruck für die erwähnten Fälle der Vollstreckungserleichterung — mit gewissen, im einzelnen genau bestimmten Abstufungen den Vollstreckungsbehörden (Staatsanwaltschaften und Amtsgerichten) und den staatsanwaltschaftlichen Aufsichtsbehörden zu, unter der Oberaufsicht des Justizministers.

Hier nun hat sich die Nachkriegsgesetzgebung einen allerersten Einbruch in das bis dahin sorgsam gehütete Heiligtum der Gnade erlaubt. Im Geldstrafengesetz — jetzt im § 28 StGB. — ist es dem erkennenden Gericht gestattet worden, für Geldstrafen Fristen und Teilzahlungen — sowohl im Urteil als auch nachträglich — zu bewilligen; ja es kann nach § 29 StGB. letzter Absatz sogar anordnen, daß bei einer Geldstrafe, die ohne Verschulden des Verurteilten nicht eingebracht werden kann, die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe unterbleibt: also schon so etwas wie ein richtiger Gnadenerlaß durch das Gericht selbst.

Neben diesen neugeschaffenen Befugnissen des erkennenden Gerichts sind allerdings die auf delegiertem Gnadenrecht beruhenden Befugnisse der Vollstreckungsbehörden bestehen geblieben, ein Zustand, der zu mancherlei Unklarheiten und Unsicherheiten in der Praxis führt.

Diese Gesetzesänderungen weisen uns die Richtung für die zukünftige gesetzliche Ausgestaltung des Rechtes des Strafausstands überhaupt. Wir kommen darauf in anderem Zusammenhange zurück.

Ende der neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts begann ein neuer Rechtsgedanke sich im Strafrecht international durchzusetzen, der Gedanke, durch einen Aufschub der Vollstreckung mit der Aussicht auf Erlaß der Strafe bei guter

Führung auf zukünftiges Wohlverhalten des Verurteilten hinzuwirken. Es brach sich der Gedanke Bahn, die Scheu des Verurteilten vor dem Strafvollzuge, insbes. der Freiheitsstrafe, zu dem Zwecke der Erziehung des Rechtsbrechers im Sinne der sozialen Gemeinschaft auszunutzen.

Während nun in beinahe allen anderen Kulturländern die Befugnis zu einer derartigen Aussetzung — durch Gerichtsgebrauch oder gesetzliche Maßregeln — in die Hand des Strafrichters gelegt und in das Strafverfahren selbst eingegliedert wurde, stellten sich bei uns einer derartigen Entwicklung starke Hemmungen entgegen.

Die Aussetzung des Urteilsspruches, wie sie in den angelsächsischen Ländern ausgebildet ist, war für deutsche Gründlichkeit und deutschen Ordnungssinn ein unmöglicher Gedanke; dem Richter aber das Recht verleihen zu wollen, die Vollstreckung eines Strafurteils auszusetzen, wäre ein Einbruch in das geheiligte Gnadenrecht gewesen, zu dem man sich zunächst nicht entschließen konnte.

Um dem immer stärker hervortretenden Bedürfnis Rechnung zu tragen, verfiel man auf den Gedanken, das Problem mit Hilfe des Gnadenrechtes zu meistern; anstatt der bedingten Verurteilung, wie sie sich in anderen Ländern durchgesetzt hatte, führte man die bedingte Begnadigung bei uns ein.

Durch königlichen Erlaß v. 23. Okt. 1895 wurde der Justizminister ermächtigt, zu Freiheitsstrafen verurteilten Personen unter gewissen Voraussetzungen nach seinem Ermessen Aussetzung der Strafvollstreckung mit Aussicht auf spätere Begnadigung zu bewilligen.

Auf Grund dieses Erlasses gewann — zunächst zaghaft, nur für das Verfahren gegen Jugendliche, später in immer weiterem Maße auch im Verfahren gegen Erwachsene — der Bewährungsgedanke in der Praxis Raum. Das Verfahren vollzog sich zunächst auf Grund jener endlosen Listen, in die die Vollstreckungsbehörden alle diejenigen Verurteilten einzutragen hatten, die ihnen der bedingten Begnadigung würdig erschienen. Diese Listen — für jeden Fall mit kurzem Tatbestand und stichwortartiger Begründung des Antrags versehen — wurden bei der Staatsanwaltschaft gesammelt und wanderten von dort nach Berlin ins Justizministerium zur Genehmigung. Dort wurde in der dafür vorgesehenen Spalte von dem zuständigen Sachbearbeiter nach Prüfung der Vorschlag für die Entscheidung eingetragen und dem Abteilungsleiter zur Zeichnung vorgelegt. Dessen Unterschrift entschied über Bewilligung oder Ablehnung. Nach Ablauf der Bewährungsfrist, falls nicht inzwischen die Aussetzung widerrufen war, wurde — nach Anstellung der nötigen Erkundigungen — der Bewährte mit zahlreichen Gleichbewährten von neuem in eine Liste eingetragen. Wiederum wanderte in dieser Einkleidung sein Fall über den Oberstaatsanwalt nach Berlin, wiederum prüften ihn Sachbearbeiter und Abteilungsleiter; und diejenigen Verurteilten, die hierbei der Begnadigung für würdig befunden wurden, wurden nunmehr dem König — der sich nur des Rechtes der Strafaussetzung, nicht aber des Rechtes der endgültigen Begnadigung begeben hatte — zur Begnadigung vorgeschlagen. Das geschah in der Weise, daß Sammlungen je einer größeren Anzahl von derartigen Vorschlägen in einem Umschlag vereinigt, auf dem Wege durch Staatssekretär und Minister sowie geheimes Zivilkabinett dem Könige unterbreitet wurden, der dann durch eine Unterschrift auf dem Umschlag die sämtlichen darin enthaltenen Vorschläge genehmigte. Es wurde auf diese Weise die Fiktion aufrechterhalten, daß der König selbst die Sachen geprüft und den Gnadenerweis erteilt habe. Und so wurde denn auch dem einzelnen Begnadigten mitgeteilt.

Die enorme Arbeitslast, die dieses Verfahren bei der immer mehr wachsenden Zahl der Anwendungsfälle den Vollstreckungsbehörden und der Zentrale aufbürdete, führte dazu, daß schließlich eine Weiterübertragung des Gnadenrechts bei der bedingten Strafaussetzung auf nachgeordnete Behörden sich als unumgänglich erwies.

Auf Grund königlichen Erlasses v. 6. Nov. 1912 wurden die Generalstaatsanwälte bei den OLG. ermächtigt, eine vom erkennenden Gericht befürwortete bedingte Strafaussetzung zu bewilligen, wenn es sich bei Verurteilten, die zur Zeit der Tat das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, um Freiheitsstrafen bis zu einem Monat und bei älteren Verurteilten, die noch keine Freiheitsstrafe verbüßt hatten, um Freiheitsstrafen bis zu einer Woche handelte. Soweit sie selbst Strafaussetzung bewilligt hatten, waren die Generalstaatsanwälte auch zum Widerruf berechtigt; und dieses Recht wurde durch die allgemeine Verfügung v. 17. Juli 1915 dahin erweitert, daß die Generalstaatsanwälte zum Widerruf auch der vom JustMin. bewilligten Strafaussetzung berechtigt sein sollten. Der königliche Erlaß v. 14. März 1917 endlich erstreckte die Aussetzungsbefugnis der Generalstaatsanwälte auf Strafen bis zu 6 Monaten, bei über 18 Jahre alten Personen allerdings unter Beschränkung auf Erstbestrafte. Aber immer noch wurde die Fiktion aufrechterhalten, daß der König selbst den endgültigen Gnadenerweis erteile, und deshalb mußten die Vorschläge zur endgültigen Begnadigung nach wie vor über den JustMin. dem König zur Genehmigung vorgelegt werden.

An die Stelle des Königs trat nach der Staatsumwälzung als Träger des Gnadenrechts in Preußen das Staatsministerium, in dessen Namen der JustMin. die endgültige Begnadigung — in der gleichen Weise wie vordem der König — zeichnete.

Neben dieser Entwickelung her vollzogen sich — mit Unterbrechung durch die Kriegszeit — die Arbeiten an der Schaffung eines neuen StGB. Die Entwürfe sahen die Übertragung des Rechtes der bedingten Strafaussetzung auf die Gerichte vor. Als die Bemühungen um ein neues StGB. zu Anfang 1920 als zunächst gescheitert angesehen werden mußten, entschloß sich der damalige preuß. JustMin. zu einer grundsätzlichen Neuregelung der bedingten Begnadigung. Sie ist enthalten in der allgemeinen Verfügung vom 19. Okt. 1920 und später durch zwei Erlasse vom Juni 1921 noch erweitert worden. Drei Hauptgesichtspunkte kennzeichnen den Charakter der Neuerung: Die Übertragung des Gnadenrechts beschränkte sich nicht mehr auf die Aussetzung, sondern wurde auf den Erlaß der Strafe nach Ablauf der Bewährungsfrist ausgedehnt. Die Befugnis zur Strafaussetzung und zum Erlaß wurde — und zwar, von Zuchthausstrafen abgesehen, ohne jede Einschränkung — dem erkennenden Gericht übertragen. Neben die bedingte Aussetzung der ganzen Strafe trat als neue Einrichtung die bedingte Aussetzung von Reststrafen; damit wurde das überalterte Rechtsinstitut der vorläufigen Entlassung, das praktisch nie größere Bedeutung gewonnen hat, überflüssig gemacht. In der Folgezeit hat gerade die Aussetzung von Strafresten bei längeren Freiheitsstrafen eine steigende Bedeutung erlangt. Die Strafrestaussetzung wurde in den Dienst des Erziehungsstrafvollzugs gestellt, insbes. des progressiven Strafvollzugs, der sich das Ziel gesetzt hat, den Gefangenen aus strenger Gefangenschaft allmählich zu immer größerer Freiheit gelangen zu lassen, um ihn zuletzt — auf Probe — ganz in Freiheit zu setzen und erst nach Jahren, nach Bewährung im bürgerlichen Leben, endgültig vom Druck der Strafe zu befreien.

Die anderen deutschen Länder folgten — bis auf einige wenige kleinere — alsbald dem preußischen Vorgang.

In der Folgezeit ist dann das in Preußen geschaffene System der bedingten Strafaussetzung auch in das JGG. übergegangen, das in diesem Punkte ganz dem preußischen Vorbild sich angeschlossen hat. Hier hat also der Bewährungsgedanke zum ersten Male auch eine gesetzliche Ausprägung gefunden, noch keine vollkommene, wie gleich hier gesagt werden soll.

Die Entwickelung, welche die bedingte Strafaussetzung in Preußen genommen hat, sei an der Hand einiger Zahlen kurz illustriert: Es betrug die Zahl der Aussetzungen 1899: 4168, 1905: 8941, 1910: 17013, 1912: 19799, 1913: 17568, 1919: 22800, 1920: 40489; hierzu treten im Jahre 1920 bereits 16170 gerichtliche Aussetzungen. Im Jahre 1922 steigt — unter der Einwirkung der Übertragung des Rechts zur bedingten Strafaussetzung auf die Gerichte — die Zahl der in Preußen bewilligten Aussetzungen auf 125000, um in den folgenden Jahren auf 71863, 83033, 67916, 42371, 35840 wieder zurückzugehen. Über die Gründe des Rückgangs — sie liegen nur zum Teil in der allgemeinen Kriminalitätsentwickelung der in Frage kommenden Zeit begründet — wird später noch zu sprechen sein. Seit 1926 hält sich die Zahl der Aussetzungen nahezu gleichmäßig um 35000 im Jahre herum: 1926: 35840, 1927: 35605, 1928:

33 274, 1929: 34 399, 1930: 33 400. Die Zahl der Widerrufe betrug in den Jahren seit 1927 durchschnittlich 9000, also etwas mehr als 25% der Gesamtzahl der jeweils bewilligten Aussetzungen. Das ist, wenn man insbes. den hohen Anteil der Reststrafenaussetzungen an der Gesamtzahl bedenkt, die u. U. auch mehrfach rückfälligen Verbrechern noch zugute kommen, ein nicht ungünstiges Ergebnis.

Bei den Zahlen seit 1923 ist zu bemerken, daß die Zahl der Jugendlichen, denen Aussetzung gewährt wurde, unter der Herrschaft des JGG. von etwa 12 000 im Jahresdurchschnitt der letzten Vorkriegsjahre und der ersten Nachkriegsjahre auf rund 4000 für das Jahr zurückgegangen ist: eine Auswirkung der neu geschaffenen Möglichkeit, sich bei Straftaten Jugendlicher auf die Anordnung von Erziehungsmaßnahmen zu beschränken.

Stellen wir diesen Zahlen gegenüber die Gesamtzahl der in Preußen in der Zeit vom 1. April 1925 bis dahin 1926 wegen Vergehens zu Freiheitsstrafen von weniger als drei Monaten verurteilten Personen mit 34 246, vergegenwärtigen wir uns, daß im Jahresdurchschnitt in Deutschland rund 600 000 Personen — und zwar rund 175 000 zu Freiheitsstrafen — verurteilt werden, und daß die Durchschnittsbelegung der Gefangenenanstalten in Preußen seit 1927 35 000 und weniger beträgt, so haben wir einige Vergleichszahlen, die uns einen Überblick darüber gestatten, in welchem Verhältnis von der Befugnis zur Strafaussetzung Gebrauch gemacht wird. Die eingetretene Stabilität läßt erkennen, daß die Gerichte gelernt haben, mit der ihnen neu verliehenen Befugnis umzugehen.

Die Zahl der Fälle, in denen Aussetzung durch den JustMin. erfolgt ist — zumeist handelt es sich dabei um Reststrafenaussetzungen —, hält sich seit 1924 ziemlich genau auf der Höhe von etwa 2000 im Jahr. Diese Zahl ist in den mitgeteilten Gesamtzahlen enthalten. Wesentlich höher war sie nur 1921, wo sie auf 4602 anstieg. In den übrigen Jahren ist sie über 2600 hinaus nie gelangt. Der Anteil des Trägers des Gnadenrechts an der bedingten Strafaussetzung ist also heute schon recht gering geworden; er beträgt nur noch etwa $^1/_{17}$ der Gesamtzahl.

Daß die gegenwärtige Regelung mancherlei Wünsche übrigläßt, darüber sind sich alle aufmerksamen Beobachter der Praxis einig. Noch haften ihr die Kennzeichen der Herkunft aus dem Gnadenrecht an; noch ist, abgesehen von Jugendgerichtssachen, der Richter, wenn er von der bedingten Strafaussetzung Gebrauch macht, nicht unabhängig, sondern an Verwaltungsanweisungen gebunden; in der Theorie kann ihn in jedem Fall, in dem er, bewilligend oder ablehnend, über die Strafaussetzung entscheidet, die vorgesetzte Behörde korrigieren. Praktisch wird davon allerdings nur bei ablehnenden Entscheidungen Gebrauch gemacht.

Der hervorstechendste Nachteil des gegenwärtigen Rechtszustandes liegt in folgendem: Die bedingte Strafaussetzung wird — sie ist eben Begnadigung — praktisch erst nach der Verurteilung. Zwar ist in den maßgebenden Erlassen für die Aussetzung der ganzen Strafe als Regel vorgesehen, daß sie unmittelbar im Anschluß an den Erlaß des Urteils ausgesprochen werden soll; allein davon macht die Praxis auch heute noch nicht in dem wünschenswerten Umfange Gebrauch. Sie zieht es in vielen Fällen vor, die Entscheidung aufzuschieben. Das führt zu einer Auseinanderreißung des Ausspruchs über die Strafzumessung, zu der die Frage der Strafaussetzung ja nun einmal gehört. Das Strafurteil wird dadurch gewissermaßen zu einer Vorabentscheidung über den Grund; es ergeht unter dem Vorbehalt, daß man über den Betrag noch mit sich reden lassen werde. Die schweren Nachteile einer derartigen Praxis liegen auf der Hand. Um Besserung zu schaffen, wurde von dem preuß. JustMin. die bekannte AllgVfg. v. 8. März 1926 (JMBl. 88) erlassen, die es den Staatsanwaltschaften zur Pflicht macht, schon im Ermittelungsverfahren alle notwendigen Erhebungen über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters anzustellen und damit die Grundlage für die Strafzumessung, einschließlich der Entscheidung über die Strafaussetzung, zu schaffen. Um den Strafverfolgungsbehörden für derartige Ermittelungen ein geeignetes Organ zur Seite zu stellen, wurde die sog. soziale Gerichtshilfe entwickelt. Indessen diese Maßnahmen haben noch nicht zu dem gewünschten Erfolge geführt; ihn kann erst das neue StGB. bringen, das die Entscheidung über die bedingte Aussetzung der ganzen Strafe zu einem Bestandteil des Urteils macht und jede Hinausschiebung der Entscheidung ablehnt.

Zu einer gesetzlichen Regelung drängt noch ein anderer Umstand. Es ist schon in Preußen nicht ganz leicht, sich über das geltende Recht auf dem Gesamtgebiete des Strafausstands klar zu werden. Die grundlegenden Verfügungen sind für die einzelnen Teilgebiete unabhängig voneinander emporgewachsen, nicht organisch miteinander verbunden und vielfach nachträglich auch noch wieder abgeändert und ausgeführt worden. Für einzelne Gebiete, wie das Finanzstrafrecht, gelten schwer sich erschließende Sondervorschriften. Ich glaube, es gibt nicht allzu viele Strafjuristen in Preußen, die von sich behaupten können, daß sie die einschlägigen Vorschriften in allen Einzelheiten wirklich überschauen. In den anderen deutschen Ländern ist es nicht besser; und die Verwirrung wird dadurch noch erhöht, daß jedes einzelne deutsche Land selbständig vorgegangen ist, daß jedes für sich nicht weniger verwickelte und umständliche Bestimmungen hat als Preußen. Das Reich, das — wenn auch auf kleinem Gebiet — gleichfalls ein Gnadenrecht ausübt, geht auch eigene Wege. Wir stehen also auf diesem Sondergebiet des Gnadenrechtes vor einer Verwirrung, vor einer Buntheit der Bestimmungen, wie wir sie im Bereiche der deutschen Rechtspflege heute glücklicherweise sonst nur noch an wenigen Stellen beobachten. Hier Ordnung zu schaffen und Einheit herzustellen, ist eine Aufgabe, die nicht hinausgeschoben werden darf. Die Entwürfe des neuen StGB. und seiner Nebengesetze haben es sich zum Ziel gesetzt, sie zu erfüllen; durch Rücksichten auf Kronrechte sind sie dabei nicht mehr gehemmt. In kurzen Zügen stellt sich die Regelung, die die Entwürfe für das Gesamtgebiet des Strafausstandes vorsehen, folgendermaßen dar: Bedingter Erlaß der ganzen Strafe nur bei Gefängnis- und Einschließungsstrafen bis zu einem Jahr und nur im Urteil oder im Strafbefehl. Die unterlassene Anordnung der Strafaussetzung kann vom Gericht nicht nachgeholt werden. Aussetzung eines Strafrestes durch das Vollstreckungsgericht nur nach Verbüßung von drei Vierteilen der Strafe; nur bei Minderjährigen ist diese Regelung für den einzigen Fall durchbrochen, daß das Gericht von der Möglichkeit der sog. unbestimmten Verurteilung, die bei Jugendlichen und Halberwachsenen gegeben werden soll, Gebrauch gemacht hat. Hier kann er nach Verbüßung des von ihm selbst festgesetzten Minimums Strafaussetzung bewilligen.

In der gleichen Weise wie der bedingte Erlaß der ganzen Strafe und die bedingte Entlassung wird die gewöhnliche Strafaussetzung — der bloße zeitige Aufschub einer Freiheitsstrafe, einschließlich der Unterbrechung im Vollzuge befindlicher Freiheitsstrafen, und der Zahlungserleichterungen bei Geldstrafen — den Strafjustizbehörden, und zwar den Vollstreckungsbehörden unter Kontrolle durch das Vollstreckungsgericht, übertragen.

Neben diesen Regelungen wird natürlich für die Übertragung von Gnadenbefugnissen auf Gerichte und Strafvollstreckungsbehörden kein Raum mehr sein. Alle jene Delegationen des Gnadenrechtes, von denen oben berichtet worden ist, sollen mit dem Inkrafttreten dieser Regelung zurückgezogen werden. Es würde also nach dem Inkrafttreten der Strafrechtsreform nur noch das Staatsministerium, praktisch also der JustMin., das Recht haben, über die den Gerichten und Strafvollstreckungsbehörden übertragenen Befugnisse hinaus Milderungen bei der Strafvollstreckung eintreten zu lassen.

Diese Regelung ist so überzeugend, klar und einfach, sie fügt sich so reibungslos in das Verfahrensrecht ein und bietet gegenüber dem geltenden Zustand so große Vorteile, daß ihre Einführung in kürzester Frist gefordert werden muß, auch wenn etwa die Strafrechtsreform als Ganzes jetzt scheitern sollte.

Das Beispiel, das in seiner Gesamtentwicklung hier vorgeführt wurde, zeigt sinnfällig, wie das Gnadenrecht dazu dient, neuen Rechtsgedanken in die Strafrechtspflege Einlaß zu gewähren und Reformen vorzubereiten. Es können dafür noch weitere Beispiele aus der Entwickelung der letzten Jahre angeführt werden.

Zu den brennenden Reformfragen auf dem Gebiete des

Strafrechts gehörte bis 1920 auch die Frage, wie einer Überspannung der sozialen Dauerwirkungen der Strafe vorgebeugt werden könne. Diese Wirkungen knüpfen sich in der Hauptsache an den Eintrag der Strafe in das Strafregister. Als man sich i. J. 1882 in Deutschland entschloß, für gerichtliche Bestrafungen nach französischem Vorbild den Registerzwang einzuführen, ahnte wohl niemand von den Beteiligten, welch fürchterliche Strafe damit an jedwedes Abweichen von der durch die Bestimmungen des Strafrechts vorgezeichneten Straße geknüpft wurde. Wer einmal in diesem Register stand, war ausgestoßen aus dem Kreise der achtungswerten Menschen. Wohin sich ein solcher Gezeichneter wenden mochte, mit preußischer Gewissenhaftigkeit folgte ihm die Strafe nach. Sie begleitete ihn bei jedem wesentlichen Schritt, den er bis zur Bahre in seinem Leben tat. Keine Macht der Erde, nicht einmal ein Freispruch im Wiederaufnahmeverfahren, konnte ihn von der Last befreien. Der Schematismus der Behörden, die Mitleidlosigkeit der Umwelt, fragte nicht nach den Umständen der Tat, nach dem Maße der Schuld. Die Tatsache, daß er im Strafregister verzeichnet stand, reichte aus, um einen Menschen auf Lebenszeit moralisch zu vernichten. Der Registereintrag bedeutete den bürgerlichen Tod in vollendeter Form.

Die Gefahren eines solchen Systems und die darin liegende Übertreibung der sozialen Folgewirkungen des Verbrechens wurden bald offenbar. Wieder war es das Gnadenrecht, durch dessen Pforten die Reform sich Eingang in unser Rechtsleben verschaffte. Etwa seit 1908 ging man in Preußen dazu über, im Gnadenwege die „Löschung" von Strafregistereintragungen zu verfügen. Eine allgemeine Regelung für das ganze Reich fand diese Art der Gnadenerweisung zuerst in der VO. v. 17. April 1913 zur Änderung der StrafregisterVO. Die Zahl der Anträge auf derartige Gnadenerweise wurde bald so stark, daß ihre reibungslose Erledigung ernstlich in Frage gestellt war. Diese Erkenntnis führte zu den sog. Löschungsamnestien der Jahre 1916 bis 1918. Ihr gemeinsamer Grundgedanke war: über eine Strafe von nicht mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe, die mehr als zehn Jahre zurückliegt, wird nur noch den Gerichten, den Behörden der StA. und den höheren Verwaltungsbehörden Auskunft gegeben, vorausgesetzt, daß der Verurteilte inzwischen nicht von neuem bestraft ist. Durch VO. v. 16. Mai 1918 wurde dieser Grundsatz in die StrafregisterVO. selbst übernommen und dadurch zum bleibenden Besitz des Strafregisterrechtes gemacht.

Schneller als auf anderen Gebieten aber drängten hier die Umstände zu einer gesetzlichen Regelung. Der Rahmen des Gnadenrechts erwies sich als zu eng, um den Bedürfnissen zu genügen. Am 9. April 1920 wurde das Gesetz über die beschränkte Auskunft aus dem Strafregister und die Tilgung von Strafvermerken erlassen, das mit dem System der gnadenweisen Löschung endgültig bricht und die Einrichtung der automatischen Auskunftsbeschränkung und Tilgung auf Grund Fristablaufs, die französische réhabilitation de droit, einführt. Vorzeitige Anordnung der Auskunftsbeschränkung und der Tilgung ist allerdings durch besondere Anordnung der Zentralbehörden daneben noch vorgesehen; aber diese Befugnis der Zentrale fließt nicht mehr aus dem Gnadenrecht, sondern aus dem Recht der Aufsicht über das Strafregister; sie steht der obersten Aufsichtsbehörde der Registerbehörde zu, ohne Rücksicht darauf, in welchem deutschen Lande die einzelne im Register verzeichnete Strafe verhängt ist.

Ist in den bisher aufgeführten Fällen das Gnadenrecht die Durchgangs- und Erprobungsstelle für neue Rechtseinrichtungen geworden, so hat es bei zahlreichen anderen Gelegenheiten als Schrittmacher für die Wandlung der Rechtsanschauungen über bereits bestehende gesetzliche Regelungen gedient.

Mehr und mehr hat sich in unserem Rechtsleben eine Änderung der Ansichten über den Wert der Freiheitsstrafe vollzogen. Im vorigen Jahrhundert das A und O jeder Strafrechtspflege, der Angelpunkt der Strafgesetzbücher aller Völker, ist sie im Lauf der Jahre in der gerichtlichen Praxis immer stärker zurückgedrängt worden. Der gegenwärtige RG-Präs. hat diese Wandlungen, die sich — ohne jede Einwirkung von oben — in der täglichen Arbeit der Strafrechtspflege vollzogen haben, in einem interessanten Aufsatz (vgl. MschrKrimPsych. 1927, 359) sehr eindrucksvoll dargestellt. Die Freiheitsstrafe wurde in der Praxis immer mehr zurückgeführt auf zwei Zwecke: Sicherung der Gesellschaft vor gefährlichen Verbrechern und Mittel zur Erziehung für kriminell schwer gefährdete Individuen. Für beide Zwecke ist es mit kurzfristiger Einschließung nicht getan. Kurze Freiheitsstrafen erfüllen vom Standpunkt der modernen Rechtslehre keinerlei vernünftigen Zweck, sind vielmehr öfter sozial schädlich als nützlich. Deshalb ging die Entwickelung mehr und mehr dahin, kurzfristige Freiheitsstrafen nach Möglichkeit zu vermeiden und durch andere Strafmittel, insbes. Geldstrafen, zu ersetzen. Diesem Bestreben stand unser Strafrecht entgegen, das bei einer ganzen Anzahl praktisch wichtiger Vergehensfälle, insbes. bei Diebstahl und Hehlerei, die Gefängnisstrafe als einzige Strafe androht. Hier half — schon lange vor dem Krieg — in immer steigendem Maße das Gnadenrecht, durch Umwandlung in Geldstrafe, durch bedingte Aussetzung der Freiheitsstrafe usw. Die Einführung der sog. Geldbuße bei der bedingten Strafaussetzung in Preußen war auf derartige Fälle zugeschnitten.

In der Notzeit nach dem Kriege stieg die Diebstahlskriminalität zu bis dahin ungeahnter Höhe, und damit vermehrten sich die Gnadenanträge aus dem eben dargelegten Gesichtspunkte. Es waren gerade die Erfahrungen, die bei der Ausübung des Gnadenrechtes gesammelt worden waren, die im Dezember 1921 zu dem ersten Geldstrafengesetz führten. Es brachte die erwünschte Entlastung des Gnadenapparates durch die Einführung des heutigen § 27b StGB., der es den Gerichten ermöglicht, bei an sich verwirkter Freiheitsstrafe von weniger als drei Monaten stets auf Geldstrafe zu erkennen. Die Folgen der Einführung dieser Bestimmung in das Strafrecht sahen wir weiter oben in dem plötzlichen Abfall der bedingten Strafaussetzung von 125 000 i. J. 1921 auf etwa 72 000 i. J. 1922. In 86 000 Fällen wurde i. J. 1922, in 160 000 i. J. 1923 — es handelt sich um die schlimmsten Zeiten der Inflation — allein in Preußen von dem § 27b StGB. Gebrauch gemacht. Im Jahre 1925 waren es 40 000, i. J. 1929 noch etwa 35 000 Fälle.

In allergrößtem Ausmaß erleben wir das Gnadenrecht als Schrittmacher einer Wandlung in den Rechtsanschauungen des Gesetzgebers auf dem Gebiete des Rechtes der sog. Kriegs- und Übergangswirtschaft. Die unübersehbare Fülle der wirtschaftlichen Gesetze und VO., die damals über uns hereinbrach, hatte eine erhebliche Steigerung der Kriminalität — eben der Wirtschaftsverfehlungen aller Art — zur Folge. Da es der Gesetzgeber auf diesem Gebiete nicht so schlimm meinte, wie er sich unter dem Druck der öffentlichen Meinung den Anschein geben mußte, wurde auf dem Umweg über das Gnadenrecht eine reiche Fülle von Bestrafungen wegen derartiger Verfehlungen nachträglich gemildert oder beseitigt.

Die drakonische Härte der Strafdrohungen des alten MilStGB. führte in der Kriegs- und Nachkriegszeit zu zahlreichen Milderungen der auf Grund dieses Gesetzes ausgesprochenen Strafen, bis schließlich durch eine Reihe von Novellen den geänderten Anschauungen über die Strafwürdigkeit der einzelnen Verfehlungen Rechnung getragen war.

Andere Beispiele dieser Art bieten sich in den wegen Abtreibung und Kuppelei auf Grund der alten Vorschriften erlassenen Strafurteilen. Hier wurden in den Kreisen der Strafjuristen selbst die Mindeststrafen vielfach als zu hart empfunden und von ihnen in zahlreichen Fällen der Begnadigung empfohlen, bis auch hier das StGB. entsprechend der Wandlung der Anschauungen geändert war.

Auch heute noch entfällt der weitaus größte Teil aller Einzelgnadenerweise auf Fälle, in denen die allgemeine Rechtsüberzeugung nicht mehr mit den veralteten Gesetzen übereinstimmt.

Die Härte der Strafdrohungen bei Amtsdelikten, bei gewerbsmäßiger Hehlerei und bei Meineid ist zur Zeit eine der hauptsächlichsten Quellen für Gnadenerweise.

Der Träger des Gnadenrechts geht dabei im allgemeinen von dem Grundsatz aus, daß Zuchthaus nicht als erste Freiheitsstrafe verhängt werden sollte. Demgemäß werden in den erwähnten Fällen die Zuchthausstrafen vielfach in Gefängnisstrafen von gleicher, selten von kürzerer Dauer, umgewandelt.

Daneben spielt eine gewisse Rolle in der Gnadenpraxis die Anrechnung von Untersuchungshaft. Es wird dabei vor-

weggenommen der in den strafrechtlichen Reformentwürfen enthaltene Gedanke, daß Untersuchungshaft grundsätzlich zum vollen Betrage auf die Strafe angerechnet werden soll.

Nicht wenige Gnadenerweise gelten auch der Wiederherstellung der bürgerlichen Ehrenrechte. Auch hier wird ein Gedanke der Strafrechtsreform vorweggenommen. Dabei ist es für uns von Interesse, daß der Entwurf des Strafvollzugsgesetzes dem Vollstreckungsgericht die Möglichkeit eröffnen will, verlorene Ehrenrechte von sich aus wieder zu verleihen. Damit würde eine weitere Einschränkung des Gnadenrechts zugunsten einer richterlichen Befugnis eintreten.

Erwähnt sei — und damit rücken wir in das ureigene und unverlierbare Gebiet des Gnadenrechtes vor — als häufiger vorkommender Grund für Gnadenerweise noch der sog. Spitzenausgleich, d. h. die Milderung solcher Strafen, die nach oben stark aus dem Rahmen des üblichen herausfallen. Hierzu treten Gnadenerweise in größerer Anzahl, die den Erlaß geringfügiger Strafreste, die zu vollstrecken sich nicht mehr lohnt — sowohl bei Freiheitsstrafen wie bei Geldstrafen — zum Gegenstand haben, und schließlich die große Zahl der Gnadenerweise, die zum Ausgleich von Betriebsunfällen, von offensichtlichen, von den Gerichten selbst erkannten Versehen, von Doppelverurteilungen usw., ergehen. Sie gehören zum täglichen Brot der Gnadenstellen.

Übrigens setzen auch an dieser Stelle die Entwürfe ein, um die Gnadenstellen zu entlasten. Der Entwurf eines EGStGB. will in § 360a StPO. zwei neue Gründe für die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens schaffen. Die Wiederaufnahme soll zugunsten des Angekl. zulässig sein, wenn das Gericht auf eine Strafe, Nebenstrafe oder Nebenfolge oder auf eine Maßregel der Besserung und Sicherung erkannt hat, auf die nach dem Gesetz nicht erkannt werden konnte, oder wenn bei Eintritt der Rechtskraft des Urteils bereits eine andere rechtskräftige Entscheidung wegen derselben Tat vorlag (ein Fall, der sich insbes. im Strafbefehlsverfahren nicht selten ereignet). Diese „Wiederaufnahme" führt indes in der Regel nicht zur vollständigen Neuaufrollung des Straffalles; das Gericht kann vielmehr ohne Erneuerung der Hauptverhandlung durch einfachen Beschluß anderweit in der Sache erkennen. Es handelt sich also nicht eigentlich um einen Fall der Wiederaufnahme, sondern um eine materielle Berichtigung des Urteils — eben um das, was zur Zeit die Gnade in derartigen Fällen leisten muß, um Ungerechtigkeiten zu verhüten —.

Mit dieser Aufzählung haben wir einen Überblick über die hauptsächlichsten Anwendungsfälle des Gnadenrechts. Sie gibt die Erklärung dafür, aus welchen Quellen die überreichliche Fülle von Gnade — jene Inflation des Gnadenrechtes — strömt, von der ich im Eingang sprach. Wir sehen sie in der Hauptsache in der drängenden Vielheit der gesetzgeberischen Probleme, die erwachsen sind in einer Zeit, die — in Deutschland und anderwärts — nach neuen Formen und Gestaltungen bei der Verbrechensbekämpfung ringt, einer Zeit, der das von den Vätern überkommene Strafrecht nicht mehr genügt, die neue Ziele der Kriminalpolitik sieht und neue Wege zu ihnen einschlägt. Die neuen Rechtsgedanken graben sich ihr Bett in die Kanäle des Gnadenrechts. In den Zentralstellen der Justizverwaltungen fließen die Erfahrungen ihres ganzen Geschäftsbereichs, die Erkenntnisse der Wissenschaft und die Nachrichten über Neuerungen im Auslande zusammen. Sie verdichten sich dort zu Reformgedanken, und diese finden mit Hilfe der Handhabung des Gnadenrechtes Eingang in die Praxis. Auf der anderen Seite bringt die Praxis selbst neue Rechtsideen und Wandlungen ihrer Anschauungen gerade auf dem Wege der Behandlung von Gnadensachen bei der Zentrale zu stärkster Geltung. Wo etwas morsch ist im Bau des Strafrechts, da häufen sich die Befürwortungen von Gnadengesuchen. So stellt die Handhabung des Gnadenrechts lebendige Wechselbeziehungen zwischen dem Beamten an der Front und dem Generalstab für Kriminalpolitik, den Verwaltungsspitzen, her. Daß in Zeiten, wo die Probleme sich so überstürzen, wie in den letzten zwanzig Jahren, dabei eine gewisse Aufblähung der Gnade eintritt, ist nicht verwunderlich. Es ist eine Zeiterscheinung, die von selbst verschwinden wird, wenn die Ursachen beseitigt, das Strafrecht mit der Überzeugung seiner Träger und mit der Volksüberzeugung wieder in Übereinstimmung gebracht ist.

Und doch, so praktisch bedeutsam dieser Gesichtspunkt ist: das Wesen des Gnadenrechts erschöpft sich nicht in seiner Funktion, als Wegbereiter für Reformen zu dienen. Der wesentliche Inhalt des Gnadenrechtes liegt in dem Bereiche der Politik.

Kein Rechtsgebiet — abgesehen vom Staatsrecht selbst — ist in so hohem Maße mit der großen Politik — der inneren wie der äußeren — verknüpft, wie gerade das Strafrecht. Straffälle erschüttern zuweilen ganze Völker, versetzen nicht selten die Welt in Aufregung. Zeiten politischer Unruhe wirken sich stets auch in der Strafrechtspflege aus. Da bietet die Handhabung des Gnadenrechtes ein Ventil, um Überdruck im Dampfkessel ohne Schaden abzuleiten. Die Ausübung des Gnadenrechtes in politisch bedeutsamen Sachen ist ein Kapitel für sich. Wer hier urteilen will, wer an dem einen oder anderen — gewährenden oder abweisenden — Entscheid der Gnadenstellen Kritik üben will, der muß selbst einmal am Ventil gesessen haben, wenn der Kessel zischt und brodelt. Die Ausübung des Gnadenrechtes wird hier zuweilen zu einem Spiel politischer Macht. Politik ist die Kunst des Möglichen, das gilt auch da, wo Recht und Politik einander begegnen, in der Strafrechtspflege.

Dabei muß man nicht glauben, daß die Ausübung des Gnadenrechtes bei sog. politischen Sachen in der täglichen Praxis der Gnadenstellen zahlenmäßig eine irgendwie bedeutende Rolle spiele. Die Zahl der Einzelgnadenerweise tritt in politischen Sachen zurück. Nur macht allerdings die einzelne Sache zuweilen eine unendlich viel größere Arbeit als viele andere Sachen zusammen. Ich erinnere mich eines Falles, in dem im preuß. JustMin. innerhalb weniger Wochen mehrere tausend Telegramme aus allen Teilen des Reichs und aus dem Ausland eingingen.

Die Regelform für Gnadenerweise politischer Art ist die Amnestie. Man rufe sich ins Gedächtnis zurück die Fülle der politischen Amnestiegesetze, die wir seit dem Kriege — bald zugunsten von Parteigängern der Rechten, bald der Linken — erlebt haben. Um welche Zahlen es sich dabei handeln kann, dafür nur ein Beispiel: Das PrAmnestieGes. von 1925 hat auf rund 24 000 Fälle Anwendung gefunden.

Ausgesprochen politische Zwecke wurden mit der Handhabung des Gnadenrechts auch in der Kriegszeit verfolgt. Um die Bevölkerung bei Stimmung zu erhalten, ergingen alljährlich allgemeine Amnestien für Bagatellstrafen. Daneben her liefen besondere amnestieartige Maßnahmen zugunsten von Kriegsteilnehmern. Zahlreichen Strafgefangenen wurden Gnadenerweise zuteil, um ihnen zu ermöglichen, sich durch Bewährung im Heeresdienst Straferlaß zu verdienen. Eine Fülle von Kleinarbeit für die Beamten, die in der Zentrale bei der Bearbeitung von Gnadenangelegenheiten tätig waren!

Aber auch festliche Anlässe wirken sich auf dem Gebiete des Gnadenrechtes aus. Aus Anlaß des Regierungsjubiläums des letzten Kaisers wurden im preuß. JustMin. etwa 25 000 Gnadenerweise vorbereitet. Die Gnadenaktion, die aus Anlaß des 80. Geburtstags des RPräs. unternommen wurde, führte in Preußen zu rund 14 000 Gnadenerweisen, die sämtlich im JustMin. bearbeitet wurden.

Wir haben in diesen Beispielen eine weitere Quelle jener Inflation der Gnade vor uns, von der ich im Eingang sprach. Sie fließt aus der politischen Unruhe, aus den Kriegs- und Nachkriegswirren, die über Land und Volk dahingezogen sind. Ist die ruhige Entwickelung für Wirtschaft und Volk, für Staat und Recht gewährleistet, so tritt auch auf dem Gebiete der Handhabung des Gnadenrechtes die „Stabilisierung" von selbst ein.

Interessieren werden in diesem Zusammenhang einige Angaben über den Umfang der Gnadentätigkeit in Preußen: Es sind dort i. J. 1928: 77119, 1929: 74668 Gnadenanträge bei den Beauftragten für Gnadensachen neu zur Bearbeitung gelangt. Davon blieben ohne jeden Erfolg 46071 i. J. 1928, 43869 i. J. 1929. An den Fällen, in denen das Gesuch Erfolg gehabt hat, war die Zentrale in folgendem Umfange beteiligt: Vom Staatsministerium wurden i. J. 1928 4398 Einzelgnadenerweise, i. J. 1929: 3745 Gnadenerweise erteilt. Davon betrifft je etwas weniger als die Hälfte Geldstrafen. Hinzutreten 2003 und 1781 bedingte Strafaus-

setzungen, die der JustMin. in den beiden Jahren bewilligt hat. Bei rund 600 000 Verurteilungen im Jahr für das ganze Reich, von denen auf Preußen etwas mehr als die Hälfte entfällt, ist also der Prozentsatz der Begnadigungen durch das Staatsministerium nicht groß. Er liegt zwischen 1½ und 2%. Aus früheren Jahren seien noch folgende Zahlen mitgeteilt: Im Jahre 1920 gingen im JustMin. 90 417 Gnadengesuche und 18 175 Gnadenberichte ein, i. J. 1925: 81 757 Gnadengesuche (fast 100 000 Eingänge, die einzelne Strafsachen betrafen, insgesamt) und 17 871 Gnadenberichte. 3661 Gnadenerweise und 1946 bedingte Strafaussetzungen wurden i. J. 1925 von der Zentrale aus bewilligt.

Wir sehen also, daß die Hauptmasse der Gnadenerweise auf die Gerichte selbst entfällt, die mit ihren rund 35 000 Strafaussetzungen im Jahr an Zahl das fünfeinhalbfache der gesamten Gnadentätigkeit der Zentrale leisten. Bedenkt man weiter, daß auch die Berichterstattung in Gnadensachen, die für den Erfolg oder Mißerfolg naturgemäß die größte Bedeutung hat, in der Hand von Richtern liegt, so wird klar, wie verhältnismäßig groß der Einfluß der Richterschaft auf die Handhabung des Gnadenwesens und auf die Entwickelung gewesen ist, die es genommen hat.

Doch genug vom materiellen Gnadenrecht und von dem Umfang der Gnadentätigkeit. Einen erschöpfenden Überblick über die Gesamtheit der Entwickelung unseres Rechtsgebiets können wir nur gewinnen, wenn wir auch diejenigen Wandlungen in den Kreis unserer Betrachtung einbeziehen, die Zuständigkeit und Verfahren in Gnadensachen in der Zeit, die uns interessiert, durchgemacht haben.

Nur kurz erwähnt sei in diesem Zusammenhang die Schaffung der Einrichtung der sog. Beauftragten für Gnadensachen bei den preuß. LG. Es handelt sich hier um eine Neuerung, die der persönlichen Initiative des kürzlich verstorbenen, um die Rechtspflege hoch verdienten ehemaligen preuß. JustMin. Dr. am Zehnhoff entsprungen ist. Die Beauftragten für Gnadensachen — Richter des LG. — haben die Gnadenangelegenheiten aus dem gesamten LGBezirk zu bearbeiten; sie unterstehen unmittelbar dem JustMin. Mit ihnen zusammen wirkt der OStA. bei dem betr. LG. und ein von der Anwaltskammer bezeichneter RA. Ihrer gemeinsamen Prüfung unterliegen alle eingehenden Gnadengesuche. Wenn einer der drei einen Gnadenerweis befürwortet, so hat der Beauftragte über den Fall an den JustMin. zu berichten.

Die Einrichtung ist in der Praxis viel angefeindet worden. Sie hat gegenüber der früheren Regelung, bei der der OStA. des LG. die Gnadensachen zu bearbeiten hatte, eine Reihe von Nachteilen, im wesentlichen rein geschäftstechnischer Art, auf die einzugehen zu weit führen würde. Auf der anderen Seite wird es manchem als ein Vorteil erscheinen, daß — wenn schon eine Nachprüfung rechtskräftiger Strafurteile im Gnadenwege erfolgen soll — der Richter durch den Richter kontrolliert wird, wobei allerdings nicht verkannt werden darf, daß der Beauftragte für Gnadensachen i. S. des GVG. nicht unabhängig, sondern ein abhängiger Verwaltungsbeamter ist.

Doch die Frage der geschäftsmäßigen Behandlung der Gnadensachen ist zweiten Ranges. Die praktisch wichtigste Änderung, die auf dem Gebiete des formellen Gnadenrechtes eingetreten ist, hängt eng mit der Änderung unserer staatsrechtlichen Verhältnisse zusammen. Statt des Königs ist heute in Preußen das Staatsministerium Träger des Gnadenrechts. Nun darf man sich allerdings nicht vorstellen, daß diese Behörde in ihrer Gesamtheit sich mit den einzelnen Gnadensachen zu beschäftigen in der Lage wäre. Nur ganz wenige Gnadenfälle — etwa soweit die Vollstreckung von Todesurteilen oder Fälle von ungewöhnlicher politischer Bedeutung in Frage kommen — werden in der Sitzung des Staatsministeriums selbst erledigt. Für die Regel handelt im Namen des Staatsministeriums bei Gnadengesuchen der JustMin. oder sein ständiger Vertreter. Ihm werden allwöchentlich in einer Sammlung von dem Dirigenten der Gnadenabteilung des JustMin. deren Gnadenvorschläge vorgelegt, und er genehmigt sie — ähnlich wie früher der König — durch unterschriftliche Vollziehung eines entsprechenden Vermerks auf dem Umschlag. Wichtigere Fälle werden ihm vorher zur Entscheidung vorgetragen.

Die Stellung, die das Staatsministerium als Träger des Gnadenrechtes einnimmt, ist staatsrechtlich von derjenigen des Königs natürlich sehr verschieden. Der König war bei der Ausübung des Gnadenrechtes von jeder Kontrolle frei. Einer Gegenzeichnung durch den verantwortlichen Ressortminister bedurfte er bei Gnadenerweisen nicht; dem Parlament insbes. war er darüber keine Rechenschaft schuldig. Das Staatsministerium dagegen bedarf zur Ausübung seines Amtes des Vertrauens des Landtags. Es ist in seiner gesamten Geschäftsführung — auch in der Ausübung des Gnadenrechts — dem Parlament verantwortlich.

Eine besondere Rolle spielt in diesem Zusammenhang das Petitionsrecht. Nach Art. 126 RVerf. hat bekanntlich jeder Deutsche das Recht, sich mit Bitten oder Beschwerden an die Volksvertretung zu wenden. Und Art. 27 PrVerf. bestimmt dazu: Der Landtag kann an ihn gerichtete Eingaben dem Staatsministerium überweisen und von ihm Auskunft über eingegangene Bitten und Beschwerden verlangen. Diese Bestimmungen haben für die preuß. Gnadenpraxis eine große Bedeutung erlangt. In zahlreichen Fällen wenden sich heute Verurteilte mit Gnadengesuchen unmittelbar an den Landtag. Dieser läßt derartige Eingaben von seinem Rechtsausschuß vorprüfen, und über dessen Vorschläge, die in umfangreichen, gedruckten Zusammenstellungen niedergelegt werden, beschließt dann endgültig die Vollversammlung. Praktisch fällt die Entscheidung im Ausschuß. Daß von seinem Vorschlag das Plenum abweicht, ist überaus selten.

Der Landtag lehnt ein Eingehen auf das Gnadengesuch grundsätzlich ab, wenn das Staatsministerium noch nicht darüber entschieden hat. Die Bittsteller erhalten in solchen Fällen ihr Gesuch mit der Weisung zurück, sich an den JustMin. zu wenden. Dieser erfordert über derartige Gesuche grundsätzlich Bericht. Lehnt das Staatsministerium einen Gnadenerweis ab, so ist nunmehr die Bahn für die Petition frei.

Die Zahl der Eingaben in Gnadensachen ist recht erheblich. 1919 bis 1920 waren es erst 155, 1921 bis 1924: 2734, 1925 bis 1928: 2292 und 1928 bis Ende 1930: 2676. Der Rechtsausschuß des Landtags, der zur Zeit aus 21 Mitgliedern besteht, erledigt diese Eingaben in Sondersitzungen, die — abgesehen von der Sommerpause — in jedem Monat etwa einmal stattfinden, dann aber regelmäßig zwei bis drei volle Arbeitstage in Anspruch nehmen. Das Verfahren spielt sich in der Weise ab, daß zunächst der vom Vorsitzenden des Ausschusses bestimmte Berichterstatter die Eingabe vorträgt und daß dann ein vom JustMin. entsandter Kommissar, in der Regel der Sachbearbeiter, an der Hand der Akten und der Gnadenvorgänge den Sachverhalt darlegt und die Gründe mitteilt, aus denen der JustMin. einen Gnadenerweis nicht befürwortet hat. Daran schließt sich gegebenenfalls die mündliche Erörterung und die Beschlußfassung.

Der Erfolg des Verfahrens entspricht nicht der im Ministerium und Parlament darauf verwendeten Arbeit.

Von 2712 Eingaben, die in der Tagung 1925 bis 1928 in Justizangelegenheiten (weitaus die meisten betrafen Gnadensachen) eingegangen waren, wurden 1370 zurückgewiesen, 790 für ungeeignet, 38 für erledigt erklärt und 30 zurückgezogen; 249 blieben unerledigt. Dem Staatsministerium wurden überwiesen 23 Eingaben als Material, 82 zur Erwägung und 130 zur Berücksichtigung. Eine Überweisung als Material oder zur Erwägung bindet nach der bestehenden Übung die Regierung nicht. Sie führt zwar zu einer Nachprüfung, aber nur selten zu einer Abänderung der Entscheidung. Dagegen werden die vom Landtag zur Berücksichtigung überwiesenen Eingaben — wenn auch eine verfassungsrechtliche Bindung nicht besteht — üblicherweise stets auch tatsächlich berücksichtigt, ein Ergebnis, das sich aus der verfassungsmäßigen Stellung des Ministers zum Landtag ohne weiteres erklärt. Ich habe in zehn Jahren nur einen Fall erlebt, in dem die Regierung gegen die Entscheidung des Ausschusses das Plenum angerufen hat, keinen, in dem der von der Vollversammlung gefaßte Beschluß „zur Berücksichtigung“ in Gnadensachen nicht befolgt worden wäre. Bedenkt man, daß in den 130 von 2712 in drei Jahren zur Berücksichtigung überwiesenen Eingaben eine Anzahl enthalten gewesen sein wird, die andere als Gnadenangelegenheiten betroffen haben, so kann man nicht sagen, daß der

Landtag von seinen Rechten einen die Belange der Strafjustiz gefährdenden Gebrauch gemacht habe.

Das durch Kenntnis der Verhältnisse nicht getrübte Urteil, das SenPräs. Baumbach in der DJZ. 1928 Heft 1 über die Wirksamkeit des Landtags auf dem Gnadengebiete gefällt hat, ist ungerechtfertigt. Ich habe zehn Jahre lang den Rechtsausschuß des Landtags an der Arbeit gesehen und kann aus umfassender Erfahrung nur bestätigen, daß er über dem bei einem Parlament — das naturgemäß auf Volkstümlichkeit sich abstellt — verständlichen Wohlwollen für die Verurteilten die Erfordernisse der Strafrechtspflege nicht aus den Augen zu verlieren stets ernstlich bestrebt gewesen ist. Die verbindende Kraft gemeinsamer sachlicher Arbeit hat dazu geführt, daß in diesem Ausschuß, was ich sonst in keinem parlamentarischen Ausschuß je gesehen habe, jeder einzelne Abgeordnete nach seiner persönlichen Überzeugung und nicht nach der Fraktionszugehörigkeit stimmt. Ja, es haben sich, über die Arbeit hinaus, unter den Ausschußmitgliedern ohne Unterschied der Parteien und zwischen ihnen und den Regierungsvertretern gesellschaftliche Beziehungen entwickelt, die der Rechtspflege in ihrer Gesamtheit zugute kommen und nicht wenig dazu beigetragen haben, Mißverständnisse, wie sie sich insbes. bei der sog. Justizkrise gezeigt haben, zu überwinden.

Dennoch wird niemand, der es mit dem Staate gut meint, die Entwickelung, die sich in der Zuständigkeit für Gnadensachen in Preußen vollzogen hat, ohne eine gewisse Sorge betrachten. Was bedeutet diese Entwickelung? Sie besagt zunächst, daß die Rechtspflege, die nach der Verfassung des Reichs und des Freistaates Preußen unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sein soll, auf dem so wichtigen Gebiet der Strafrechtspflege zunächst einmal in Abhängigkeit geraten ist von der Verwaltung. Es ist ein mit dem Geiste der Verfassung kaum ganz in Einklang zu bringender Zustand, daß die oberste Justizverwaltungsbehörde, die das Gnadenrecht tatsächlich ausübt, damit ein Instrument in der Hand hat, jedes Strafurteil zu korrigieren.

Der Zustand bedeutet aber weiterhin — durch das Mittel des Petitionsrechtes — auch die Unterwerfung der unabhängigen Strafrechtspflege unter das Parlament, von dem der Minister seinerseits abhängig ist. Der verfassungsmäßige Grundsatz von der Unabhängigkeit der Rechtspflege wird dadurch auf dem Gebiete des Strafrechts auf dem Wege über das Gnadenrecht durchlöchert; das Gleichgewicht in der Verteilung der Gewalten ist gestört.

Gewisse Rückwirkungen dieses Zustandes sind für den aufmerksamen Beobachter verfassungsrechtlicher Zustände schon heute unverkennbar. Sie liegen in der Stellung des für das Gnadenrecht verantwortlichen Ministers. Von seiner Persönlichkeit hängt alles ab. Ist er ein Mann von Charakter und Format, dem das Recht Herzenssache ist, ein Mann, der die nötige persönliche Autorität und den erforderlichen starken Rückhalt besitzt, so wird der geschilderte rechtliche Zustand ohne Bedenken ertragen werden können. Erfüllt er diese Voraussetzungen nicht, so ist die Gefahr groß, daß unkontrollierbare Einflüsse Macht in der Strafrechtspflege gewinnen.

Hier liegen Gefahren verborgen. Und wenn auch das Parlament als Ganzes, als Einrichtung, in unserem Rechtsgebiet sich bisher einer anerkennungswürdigen Sachlichkeit befleißigt hat, wer bürgt dafür, daß es so bleibt, daß nicht — auf dem Weg über das Petitionsrecht und die Ministerverantwortlichkeit — wirklich einmal bewußt die Politik in die Strafrechtspflege hineingetragen wird?

Eine Änderung wird schwer zu erreichen sein. Einen Weg allerdings gäbe es, der sicher zu einer besseren Regelung führt: die Übertragung der Justizhoheit auf das Reich. Im Reich, das ja auch eine eigene Zuständigkeit auf dem Gebiete des Gnadenrechtes besitzt, eine politisch sehr wichtige sogar, liegen die verfassungsrechtlichen Verhältnisse günstiger. Träger des Gnadenrechtes ist der RPräs., der zwar mit dem Reichstag arbeiten muß, aber nicht von ihm abhängt. Seine Stellung, die auf der unmittelbaren Wahl durch das Volk beruht, ist sehr viel stärker als die eines Ministers. Zwar bedarf für Staatsakte auch er der Gegenzeichnung eines vom Parlament abhängigen Ministers. Und das gilt — abweichend von der Stellung, die früher in Preußen der König hatte — auch für Gnadenakte; doch werden sachliche Meinungsverschiedenheiten auf einem Gebiete, wie wir es hier vor uns haben, nicht so leicht in die Erscheinung treten. Der Reichstag hat sich von einer Einflußnahme auf die Behandlung von Gnadensachen mit Rücksicht auf die verfassungsmäßige Zuständigkeit des Reichspräsidenten stets ferngehalten. Bei der Fülle der Aufgaben, die auf ihm lasten, ist es auch praktisch wohl ausgeschlossen, daß 21 Mitglieder dieses Parlamentes etwa je einen Monat ihres Arbeitsjahres ausschließlich auf die Bearbeitung von Gnadensachen verwenden könnten.

Indessen an eine baldige Lösung dieser Frage auf dem Wege einer Eingliederung, sei es des Landes Preußen, sei es der preuß. Justizverwaltung in das Reich glaube ich nicht. Ob aber in einem selbständigen Preußen eine Lösung der Frage zu erreichen sein würde, ist zweifelhaft. Verfassungsänderungen — nur auf dem Weg über eine solche wäre eine Änderung möglich — sind nicht leicht ins Werk zu setzen. Und das „Wie“ ist auch nicht einfach zu beantworten. Den Luxus eines vom Volke gewählten Staatspräsidenten, lediglich um des Gnadenrechtes willen, werden wir uns nicht leisten können.

Eine Lösung könnte ich mir denken, die allen Interessen gerecht würde: Sie würde bestehen in einer Übertragung des Gnadenrechtes auf einen beim Staatsministerium zu bildenden Gnadenausschuß, der außer einem Mitglied des Staatsministeriums — in der Regel dem JustMin. oder seinem Vertreter — und dem Sachbearbeiter des Staatsministeriums je zwei oder drei bewährte Strafjustizbeamte oder Anwälte und ebenso viele vom Landtag zu wählende Abgeordnete zu umfassen und nach Art einer Gerichtsbehörde über Gnadenerweise zu entscheiden hätte.

Das Gnadenrecht als der Punkt, in dem die drei den Staat tragenden Gewalten: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung sich schneiden, ist ein politischer Gefahrenpunkt. Eine Verfassung, die hier nicht für einen befriedigenden Ausgleich Sorge trägt, ist nicht vollkommen und trägt den Keim zu Konflikten und Mißbräuchen in sich. Sie zu vermeiden, ist eine Aufgabe, über die nachzudenken sich verlohnt. Möchte die Lösung gefunden werden, ehe ein die Öffentlichkeit erregender „Fall“, wie jetzt eben der Hamburger, die Mängel der Verfassung offenbar werden läßt.

Die Fülle der Erscheinungen und Probleme, die sich um den Begriff „Gnadenrecht“ ranken, läßt sich im Rahmen eines Aufsatzes natürlich nur andeutungsweise aufzeigen. Die Gesetze seiner Entwickelung, die wirkenden Kräfte der Gesamtheit der Juristenwelt vor Augen zu führen, ist die Aufgabe, die diese Arbeit zu erfüllen versucht. Ernste sachliche Arbeit ist im alten und im neuen Reich auch auf diesem Gebiete geleistet worden. Das einmal auszusprechen, ist mir ein Bedürfnis. Über die Zweckmäßigkeit mancher der bestehenden Einrichtungen, über Einzelheiten der Gnadenübung wird man verschiedener Meinung sein können. Sehr vieles an der Entwickelung ist zwangsläufig, vieles aus den Zeitverhältnissen erwachsen und von ihnen abhängig. Daß immer und überall im Gebrauch der Gnade das wünschenswerte Maß gehalten sei, wage ich nicht zu behaupten. Auf der anderen Seite hat die Handhabung des Gnadenrechtes das Licht der Öffentlichkeit nicht zu scheuen. So, wie SenPräs. Baumbach es sich vorgestellt hat, liegt es damit nicht. Die Gnadenstellen sind keine Dunkelkammern, in denen unterirdische, unkontrollierbare Einflüsse die Gerechtigkeit sabotieren. Die Männer, die das Gnadenrecht handhaben, sind Fleisch von unserem Fleisch, sind Beamte, die sich für ein ordnungsmäßiges Funktionieren der Strafrechtspflege genau so wie jeder Strafrichter und Staatsanwalt verantwortlich fühlen. Der Geist der Gesamtheit ist es, der sich auch in der Gnadenübung widerspiegelt. Weniger als irgendeine andere Verwaltung kann die Justizverwaltung gegen die Rechtsüberzeugung der großen Mehrheit ihrer Beamtenschaft regieren. Das gilt — davon kann ich aus langer Erfahrung Zeugnis ablegen — auch für die Handhabung des Gnadenrechtes.

Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Untreue des Bevollmächtigten.

Die Ausführungen von Bendix: JW. 1931, 176 ff. können nicht unwidersprochen bleiben, da das, was er zur Begründung der von ihm aufgestellten These, das Streben des RG. gehe bewußt oder unbewußt dahin, den § 266 Abs. 1 Ziff. 2 zum Herrschaftsmittel für die Kapitalbesitzer über die von ihnen abhängigen kapitalschwachen Vermittler und Kommissionäre zu machen, die einseitigen Bedürfnisse der Kapitalisten würden dabei unrichtigerweise zu Bedürfnissen des Lebens und modernen Verkehrs erklärt, ihnen würden die als Täter in Anspruch genommenen Staatsbürger unbedenklich geopfert — und dies trotz der sich hierbei ergebenden unvereinbaren Widersprüche und unerträglichen technisch-juristischen Schwierigkeiten — vorträgt, einer kritischen Nachprüfung nicht standhält.

1. Zunächst die angeblichen Widersprüche:

a) RGSt. 56, 121 sei unvereinbar mit RGSt. 61, 230 und 63, 407, „da die Logik mit ihrer unerbittlichen Folgerichtigkeit fordere", daß die in § 266 Abs. 2 Ziff. 2 verwendeten Begriffe alle nach demselben Rechte, z. B. dem jeweils geltenden Zivilrecht, beurteilt werden.

Ich kann nicht einsehen, daß irgendein Gesetz der Logik zu dem von Bendix gewünschten Schlusse zwingt. Die Frage, ob ein Vermögensstück ein solches des Auftraggebers ist, kann nach gar keinem anderen Rechte als dem jeweils geltenden bürgerlichen beantwortet werden, denn die Eigentumsfrage wird ausschließlich vom Zivilrecht entschieden, ein strafrechtliches Eigentum gibt es nicht. Die Frage dagegen, wer Täter i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 sein kann, hat mit bürgerlich-rechtlichen Vorschriften gar nichts zu tun. Sie ist eine rein strafrechtliche und hängt davon ab, wie man das Wesen der Untreue auffaßt (Verletzung einer lediglich tatsächlich bestehenden Treupflicht oder Verletzung einer Rechtspflicht). Mit der Feststellung, daß die Frage des Verhältnisses Auftraggeber—Vermögensstück ausschließlich nach bürgerlichem Rechte entschieden werden muß, ist die Frage, wie das Wesen der Untreue strafrechtlich aufzufassen ist, nicht im geringsten präjudiziert. In genau der gleichen Weise wird ja auch bei Auslegung der §§ 242 und 246 StGB. die Frage, ob eine Sache fremd ist, ausschließlich nach bürgerlichem Recht entschieden, während für die Frage, ob ein „Wegnehmen" vorliegt, die rein tatsächlichen Verhältnisse entscheidend sind. Die angeführten Entsch. stehen daher nicht im Widerspruch miteinander, da RGSt. 56, 121 (soweit von Bendix zitiert) nur die Frage behandelt, ob ein Vermögensstück ein solches des Auftraggebers ist, während RGSt. 61, 230 und 63, 407 sich mit der Frage, wer Täter i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 sein kann, befassen.

b) RGSt. 61, 230 sei seinerseits wieder unvereinbar mit 63, 407. In RGSt. 61, 230 werde unter Ablehnung einer bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht auf das tatsächlich bestehende Vertrauensverhältnis abgestellt, in RGSt. 63, 407 werde dagegen erklärt, daß Bevollmächtigter nur der sein könne, der zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln gegenüber Dritten bestellt sei. Auch hier kann ich den angeblichen Widerspruch nicht finden. Die beiden Stellen betreffen ja gar nicht dieselbe Frage. Daß Bevollmächtigter nur der sein kann, der zu rechtsgeschäftlichem Handeln gegenüber Dritten, nicht aber auch der, der nur zu rein tatsächlichen Verrichtungen (wie z. B. ein Jagdaufseher oder ein technischer Fabrikleiter) bestellt ist, hat doch mit der Frage, ob die Bestellung selbst zivilrechtlich gültig erfolgt ist, nichts zu tun. Der Zweck der Bestellung eines Bevollmächtigten wird hier mit der Gültigkeit des Bestellungsaktes verwechselt und durcheinander geworfen.

Die Rspr. des RG. führt also keineswegs zu den von Bendix behaupteten Widersprüchen.

2. Wohl aber würden sich solche Widersprüche ergeben, wenn man den von Bendix vorgeschlagenen Weg gehen und annehmen wollte, daß Täter i. S. des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 nur der Bevollmächtigte i. S. des BGB. sein könne, daß daher der Kommissionär auszuscheiden habe, da er nicht in eigenem Namen handle. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so ergeben sich sofort die größten Schwierigkeiten daraus, daß nicht nur der Ausdruck „Bevollmächtigter", sondern auch als ihm korrespondierend der Ausdruck „Auftraggeber" gebraucht wird. Nach dem positiven Zivilrecht ist der „Auftraggeber" etwas wesentlich anderes als der „Vollmachtgeber". Die Vollmacht bezieht sich auf das Verhältnis nach außen, der Auftrag dagegen auf das Innenverhältnis. Es gibt Bevollmächtigte, die nicht beauftragt, und es gibt umgekehrt Beauftragte, die nicht Bevollmächtigte i. S. des BGB. sind, weil sie, wenn auch für fremde Rechnung, so doch in eigenem Namen handeln, so z. B. die Kommissionäre.

Was ist nun entscheidend, Vollmacht oder Auftrag, die Stellung nach außen oder die Stellung nach innen?

Es ist durchaus Willkür, wenn Bendix sich für das erstere entschließt. Ein zwingender Grund hierfür liegt nicht vor. Eine Entsch. in umgekehrter Richtung ist logisch ebenso richtig. Diese Unmöglichkeit, mit Hilfe des geltenden bürgerlichen Rechtes zu einer Lösung zu kommen, ist mit ein Beweis dafür, daß die Frage, wer Täter sein kann, eine rein strafrechtliche ist. Unter diesem Gesichtspunkt aber müssen nach dem Wesen der Untreue auch die verdeckten Stellvertreter in den Kreis der möglichen Täter mit einbezogen werden. Zu diesem Ergebnis kommt man nicht nur bei Auffassung der Untreue als Treupflichtverletzung, sondern auch dann, wenn man sie, wie Bendix es tut, als Rechtspflichtsverletzung ansieht. Inwiefern hierin ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 StGB. oder Art. 116 RVerf. erblickt werden kann, ist nicht einzusehen. Es handelt sich keineswegs um die Aufstellung eines neuen Straftatbestandes oder einer neuen Strafdrohung im Wege der Analogie, sondern lediglich um die Auslegung eines strafrechtlichen Begriffs aus dem Sinne des Strafgesetzes. Neu ist diese Rspr. keineswegs (vgl. z. B. RGSt. 7, 377), und für die kühne Behauptung, daß sie auf kapitalistenfreundliche Gesinnung des RG. zurückzuführen ist, ist Bendix jeden Beweis schuldig geblieben.

3. Nun zur Untreue des Kommissionärs selbst:

a) Bendix beanstandet, daß das RG. entscheidendes Gewicht darauf legt, ob der Täter die Veräußerung des Kommissionsgutes in der Absicht vorgenommen hat, den Erlös dem Auftraggeber vorzuenthalten und für sich zu verwenden. Hier werde eine nicht strafbare Handlung durch eine rein psychologische Wertung, zu deren Begründung die Handlung selbst keinerlei Anlaß biete und auch nicht bieten könne, zu einer strafbaren gemacht. Demgegenüber müsse verlangt werden, daß die Gesinnung durch eine für das betreffende Delikt typische Handlung dokumentiert werde. Aus völlig irrelevanten Handlungen könne man aber eine strafrechtliche relevante Gesinnung nicht begründen, man begründe sie sonst letzten Endes aus sich selbst. Mit anderen Worten: Bendix fordert, daß der subjektive Tatbestand allein aus dem objektiven begründet werde, und fordert daher für den letzten, daß er typisch sei. Das ist irrig. Es gibt meines Erachtens keine „typischen" objektiven Tatbestandshandlungen; jede scheinbar noch so eindeutige Handlung ist (auch wenn sie tatbestandsmäßig ist) zunächst objektiv betrachtet, sozusagen neutral. Strafrechtlich relevant wird sie erst durch die Willensrichtung des Täters im Augenblick des Handelns. Diese Willensrichtung aber wird nicht wieder aus der objektiven Tatbestandsbehandlung bewiesen — das ist schon aus Gründen der Logik unmöglich, da die letztere ja neutral ist —, sondern aus den begleitenden äußeren Nebenumständen, die nicht zum objektiven Tatbestand in engerem Sinne gehören. Erst die objektive Tatbestandshandlung i. Verb. m. der aus den begleitenden äußeren Nebenumständen gefolgerten Willensrichtung kann eine „typische" Deliktshandlung ergeben. Das Argument, die Verfügung über das Kommissionsgut sei eine atypische, irrelevante Handlung, greift daher nicht durch. Andererseits ist der Satz, aus der Art der Verfügung gehe gar nicht hervor, ob der Täter als Eigentümer oder als Kommissionär über die Waren verfügen wollte, in dieser Allgemeinheit unrichtig. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen das Gegenteil zutrifft. Ich erinnere an die häufig vorkommenden Verschleuderungen von Kommissionswaren weit unter Preis. Ebenso oft veräußern Kommissionäre, die in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind, Kommissionsgut an die eigenen drängenden Gläubiger, um sie zu befriedigen, oder verpfänden und übereignen es an neue Darlehensgeber zwecks Beschaffung von Geldmitteln, zur Bezahlung älterer Verbindlichkeiten. Wenn man hier nicht nur die Verfügungshandlung als solche isoliert für sich betrachtet, sondern die näheren Umstände (Preis, Erwerber, Rechtsgrund der Verfügung) und die daraus sprechende Gesinnung mitberücksichtigt, dann ergeben sich Handlungen, die durchaus typisch für die Zueignungsabsicht sind.

Nebenbei bemerkt: diese „unerträglichen und unüberwindlichen Schwierigkeiten" sind nicht die Folge des „unhaltbaren Versuchs, den Kommissionär in das Prokrustesbett des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 hineinzulegen", die gleichen Fragen erheben sich auch bei Betrachtung des Kommissionärs unter dem Gesichtspunkt des § 246 StGB.

b) Bendix erklärt weiter, die Verfügung über die Kommissionsware sei nicht strafbar, weil sie den Vereinbarungen entspreche, die Verfügung über den Erlös sei in Ordnung, weil er Eigentum des Kommissionärs geworden. Wenn man nun trotzdem erkläre, die in einer bestimmten Gesinnung vorgenommene Veräußerung sei strafbar, so widerspreche das doch dem durch die Verwertung vereinbarungsgemäß herbeigeführten Eigentum am Erlös, denn dieses Eigentum gebe ein absolutes Verfügungsrecht, das gar nicht mißbraucht werden könne und das gegenüber dem Verwertungsrecht die weitergehende Befugnis sei. Dieses Schlußverfahren wäre zwingend, wenn seine Voraussetzung richtig wäre. Es geht aber von der oben schon bekämpften Ansicht aus, daß jede Verfügung, die der Kommissionär über das Kommissionsgut trifft, rechtmäßig ist, weil sie den Vereinbarungen entspricht. Richtig wird dieser Satz erst in der modifizierten Form, daß die Verfügung rechtmäßig ist, wenn und sofern sie den Vereinbarungen entspricht. Ebensogut, wie man einem anderen die unbeschränkte Verfügungsgewalt über eine Sache übertragen kann, kann man ihm auch eine beschränkte Verfügungsgewalt verleihen, nämlich die Befugnis, über die Sache im Rahmen einer ordentlichen Geschäftsführung für Rechnung des Auftraggebers zu verfügen. Damit ist gesagt, daß jede Verfügung, die außerhalb dieses Rahmens liegt, also die Verfügung in eigenem Interesse (wie die oben erwähnte Verschleuderung zur Geldbeschaffung usw.), nicht gestattet ist. Es liegt dann nicht eine rechtmäßige Veräußerung der Sache mit einer selbständig daneben bestehenden Zuwiderhandlung gegen eine lediglich im

Innenverhältnis bestehende obligatorische Verpflichtung vor, sondern die Veräußerung ist als solche unbefugt (so RGSt. 63, 253). Daher ist auch die Anwendung des von Bendix vermißten Schlußverfahrens a maiori ad minus nicht angebracht, denn ein Recht, über den Erlös zu verfügen, besteht im Falle dieser Art nicht. Infolgedessen kann durch keinerlei Schlußverfahren aus ihm etwas gefolgert werden.

c) In einem Punkte muß ich Bendix zustimmen: Bei Prüfung der Frage, welche Veräußerungen des Kommissionärs außerhalb der ihm erteilten Befugnis liegen, also unbefugt und nicht rechtmäßig sind, ist mit einer gewissen zurückhaltenden Vorsicht zu verfahren. Die zwischen Kommittent und Kommissionär getroffenen Vereinbarungen sind in einer dem modernen Wirtschaftsleben Rücksicht tragenden Weise auszulegen, wobei es entscheidend auf den übereinstimmenden Willen beider Parteien bei Vertragsschluß ankommt und nicht auf das, was der Kommittent nachträglich, wenn er nicht zu seinem Gelde kommen kann, als seinen früheren Willen erklärt.

Es wurde oben schon ausgeführt, daß als eine solche unbefugte Veräußerung die Veräußerung für eigene Rechnung, also die Veräußerung in der Absicht, den Erlös nicht an den Machtgeber abzuliefern, sondern für sich zu verwenden, zu betrachten ist. Dabei kann es nach der Rspr. des RG. bei Prüfung des objektiven Tatbestandes nicht darauf ankommen, ob der Bevollmächtigte dauernd oder nur vorübergehend über den Erlös verfügen will oder ob er zur Ersatzleistung imstande ist und der Auftraggeber durch Geltendmachung seiner Forderungen aus § 667 BGB. zu seiner vollständigen Befriedigung gelangen kann. Nur auf dem Umweg über den subjektiven Tatbestand soll bei Ersatzbereitschaft und Ersatzfähigkeit eventuell das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verneint werden können (RGSt. 38, 266). Diese Auffassung führt in ihren letzten Folgerungen sehr weit. Meines Erachtens muß bei der Beurteilung der Fälle, in denen im Augenblick der Verfügung über das Kommissionsgut die Absicht besteht, den Erlös nur vorübergehend für eigene Zwecke zu verwenden, unterschieden werden, ob es sich um einen Kommissionsvertrag handelt, bei dem nach der ganzen Natur des Verhältnisses eine große Anzahl einzelner Verfügungshandlungen mit regelmäßigen Abrechnungen vorliegt, oder um ein Verhältnis, bei dem nur ein oder höchstens einige Gegenstände durch den Bevollmächtigten zur Veräußerung gebracht werden sollen. Im ersten Fall, also insbes. dort, wo dem Kommissionär ein ganzes Lager anvertraut ist, das er zum Teil gegen bar, zum größten Teil aber wohl auf Kredit verkauft, ist die sofortige Ablieferung des Erlöses technisch gar nicht durchführbar. Der eine Kunde zahlt mit Wechsel, der andere mit Scheck, der eine überweist den Kaufpreis auf Postscheck-, der andere auf Bankkonto. Es tritt unvermeidbar eine völlige Vermischung des Erlöses mit den eigenen Mitteln des Kommissionärs ein. Was der Kommissionär bei den periodischen Abrechnungen an den Kommittenten abliefert, ist nicht die Summe der Erlöse aus den einzelnen Veräußerungshandlungen, sondern eine bestimmte Geldsumme aus seinem eigenen Vermögen. Die Veräußerung eines einzelnen Kommissionsgutes kann hier nicht aus dem Zusammenhang herausgerissen und als Einzelvorgang betrachtet werden. Das haben die Beteiligten aber im voraus gewußt und gewollt. Bei so gelagerten Fällen ging der Wille des Kommittenten gar nicht dahin, daß ihm der Erlös aus jedem Einzelgeschäft zugeführt oder daß er auch nur bis zur periodischen Abführung zinslos in einer Kasse aufbewahrt werde. Er hatte bei Abschluß des Kommissionsvertrages gar nichts dagegen, daß die Einzelerlöse zunächst nicht abgeführt, sondern vom Kommissionär im Betriebe verwendet werden. Wenn er nachträglich bei Insolvenz des Kommissionärs etwas anderes erklärt, dann setzt er sich mit seinem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch. Veräußert der Kommissionär in solchen Fällen mit der Absicht, die Einzelerlöse zunächst für sich zu verwerten, so ist das objektiv schon keine unbefugte Veräußerung, denn es ist ihm gestattet. Es liegt hier also keine Zueignung, keine Unterschlagung des Kommissionsgutes vor. Eine, wenn auch gestattete, Verfügung über das Eigentum des Kommittenten bleibt die Handlung allerdings; sie ist aber, auch wenn man der vom RG. in RGSt. 63, 253 versuchten Konstruktion folgt, keine Benachteiligung des Kommittenten und deshalb keine Untreue, denn der Herausgabeanspruch, der nach § 667 BGB., § 384 II HGB. an die Stelle des Kommissionsgutes tritt, ist bei einer Verfügung im Rahmen des Erlaubten, nach dem eigenen Urt. des Kommittenten — sonst hätte er wohl den Vertrag nicht geschlossen — gleichwertig mit dem Kommissionsgut selbst. In dem einstweiligen Verbrauch des Erlöses kann aber auch keine Verfügung über einen aus § 667 BGB., § 384 HGB. zu konstruierenden Individualanspruch auf Aushändigung gerade des durch die jeweiligen Veräußerungen erlangten Erlöses i. S. der Entsch. des RG. (RGSt. 62, 60) gesehen werden, denn ein solcher Individualanspruch ist bei Kommissionsverhältnissen der oben behandelten Art bei vernünftiger Auslegung des Parteiwillens aus den oben dargelegten Gründen als ausgeschlossen zu betrachten.

Anders liegen die Verhältnisse dort, wo das Kommissionsverhältnis sich in Vornahme eines Einzelgeschäftes erschöpft. Hier entspricht es dem Willen der Parteien bei Abschluß des Kommissionsvertrages, daß der Erlös gerade dieses Geschäftes abgeliefert wird. Technische Schwierigkeiten bieten sich hier nicht. Wenn hier auf Grund bestimmter Tatsachen festgestellt werden kann, daß beim Kommissionär schon im Augenblick der Veräußerung die Absicht bestand, den Erlös, wenn auch nur vorübergehend, für sich zu verwenden, dann war die Verfügung über das Kommissionsgut schon unrechtmäßig und unbefugt. Sie stellt eine Unterschlagung und gleichzeitig eine Untreue dar, denn die Verfügung erfolgte zum Nachteil des Kommissionärs. Die Begründung, die das RG. dieser letzteren Feststellung gibt, scheint mir allerdings von der zivilrechtlichen Seite her angreifbar. In RGSt. 63, 253 wird ausgeführt, der Inhalt des Anspruchs des Auftraggebers auf Herausgabe dessen, was der Beauftragte aus der Geschäftsbesorgung erlangt (§ 667 BGB.; § 384 Abs. 2 HGB.), bleibe der gleiche, einerlei, ob dieser die Veräußerung auftragsgemäß für Rechnung des Auftraggebers vornehme, mit dem Willen, den Erlös an ihn abzuliefern, oder ob er sie auftragswidrig für eigene Rechnung ausführe, zur Verwirklichung der Absicht, ihn für sich zu verwenden. Nun geht aber der Anspruch aus § 667 BGB. und § 384 II HGB. auf Herausgabe dessen, was durch Ausführung der Geschäftsbesorgung erlangt wurde. Liegt eine unbefugte Veräußerung des Kommissionsgutes vor, dann ist die Geschäftsbesorgung eben nicht zur Ausführung gebracht worden. Der Anspruch auf Herausgabe des durch die unbefugte Veräußerng Erlangten kann dann nicht auf § 667 BGB. oder § 384 II HGB. gestützt werden, denn das, was hier herausverlangt wird, ist nicht aus der Geschäftsbesorgung, sondern aus unerlaubter Handlung erlangt. Die unbefugte Veräußerung des Kommissionsgutes erzeugt nicht einen Anspruch aus § 667 BGB., § 384 II HGB., sondern einen Schadensersatzanspruch. Es erübrigt sich daher die Feststellung des Wertes dieses Anspruchs, denn bei Prüfung der Frage, ob ein Täter eine Vermögensbeschädigung herbeigeführt hat, hat ein zum Ausgleich gegen ihn gegebener Schadensersatzanspruch nach ständiger Rspr. außer Betracht zu bleiben.

Die unbefugte Veräußerung des Kommissionsgutes bedeutet also immer eine Verfügung zum Nachteil des Kommissionärs. Zu unbilligen Ergebnissen führt das nicht, wenn die Frage, was befugte und unbefugte Veräußerung ist, vernünftig ausgelegt wird.

LGR. Dr. Joseph Cahn, Offenburg.

Schrifttum.

Allgemeines.

Dr. Leopold Zimmerl: Aufbau des Strafrechtssystemes. Tübingen 1930. J. C. B. Mohr. XII u. 339 Seiten. Preis 18,60 ℳ.

Die vorliegende Arbeit stellt einen beachtenswerten Versuch der systematischen Erfassung des Strafrechts als Ganzem dar. Der Verf. geht von der zweifellos richtigen Auffassung aus, daß die Systemgeschlossenheit eines bestimmten Rechtsgebietes nicht etwa nur ein wissenschaftliches Postulat, sondern eine praktische Notwendigkeit bedeutet. Mit Recht hebt er hervor, daß die in einem Gesetz auftauchende Systemwidrigkeit, d. h. das Einführen eines Gedankens, der mit der Grundeinstellung des Gesetzes in Widerspruch steht, in der Folge zu Scheinproblemen führt, die aus dem Gesetz selbst eben des inneren Widerspruches halber, indem sie zu dem von anderen Grundgedanken getragenen Gesetz stehen, wenn überhaupt, so doch jedenfalls nicht richtig entschieden werden können. Daß auf diese Weise Theorie und Judikatur mit unlösbaren und daher fruchtlosen Kontroversen über Gebühr belastet werden, ist eine Tatsache, die dadurch nicht erfreulicher wird, daß die Judikatur die undankbare Verpflichtung hat, unter allen Umständen eine Lösung der ihr gestellten an sich unmöglichen Aufgabe zu geben. Ergibt sich nun aus dieser Grundeinstellung des Verf. als wichtiges Resultat für die Lehre der lex lata die Auslegungsregel, daß die Auslegung in erster Linie an Systemmäßigkeitserwägungen gebunden ist, während die Zweckmäßigkeitserwägung erst in zweiter Linie, und zwar stets nur innerhalb der Systemmäßigkeit maßgebende Bedeutung erlangt (letzten Endes ist die systematische Auslegung die zweckmäßige Auslegung), so liegt die eigentliche Bedeutung der Gedankengänge des Verf. in ihrer Anwendung auf die Lehre de lege ferenda. Denn durchaus mit Recht stellt der Verf. die in unserer Zeit nur zu sehr außer acht gelassene These auf, daß die erste Aufgabe des Gesetzgebers sei, den systematischen Ausgangspunkt für das einzelne Gesetz zu finden und ihn dann geschlossen und entschlossen weiter

zu entwickeln. Wie schwierig, aber doch auch bedeutungsvoll diese Aufgabe des Gesetzgebers ist, beweist die Tatsache, daß das, was für das einzelne Rechtsgebiet gilt, auch für das gesamte Recht gelten muß. Will und muß auch dieses ein Kosmos, nicht ein Chaos, d. h. eine von einheitlichen Grundgedanken getragene, durch diese zusammengefaßte und in den Einzelheiten bestimmte Einheit sein, so muß gerade der systematische Grundgedanke der Ausgangspunkt sein, der die Einzelmaterie in Zusammenhang mit der Gesamtmaterie bringt, einen Zusammenhang, der nur dann ein solcher innerer Einheit sein kann, wenn der Grundgedanke der Spezialmaterie selbst mit den Grundgedanken der Gesamtmaterie in innerer Einheit steht. Daß es sich bei dieser Anforderung an den Gesetzgeber um ein äußerst weitgehendes, weil schwierigst zu erfüllendes Postulat handelt, mag zugegeben werden. Andererseits muß aber scharf betont werden, daß es das letzte und ausschlaggebende Postulat in der Lehre von der Gesetzgebung überhaupt ist. Seine Durchführung bestimmt Güte und damit Haltbarkeit des neugeschaffenen Rechtes.

Wenn nun Verf. die wichtige Konsequenz aus seiner Grundauffassung zieht, Zweckmäßigkeitserwägungen seien immer nur bei der Wahl der Grundgedanken verwendbar, bei der Beantwortung von Einzelfragen sei dagegen die Zweckmäßigkeitserwägung nur dann zulässig, wenn sich die Beantwortung des zur Entscheidung gestellten Einzelproblems nicht bereits aus der Grundauffassung des Gesetzes, mithin auf Grund systematisch prinzipieller Erwägungen ergebe, so ist dem mit einer Modifikation zuzustimmen, die sich aus unseren bisherigen Erörterungen ergibt. Auch bei der Gewinnung der Grundlage für das einzelne Rechtsgebiet ist die Zweckmäßigkeitserwägung ausgeschlossen, falls sich bereits aus den Grundgedanken der Gesamtrechtsmaterie die Entscheidung ergibt, wobei, wie nicht übersehen werden darf, daß der letzte einheitliche und daher immer zu bestimmende Begriff der funktionelle Rechtsbegriff ist. Davon abgesehen ist aber dem Verf. ohne weiteres recht zu geben, daß in der Tat die Aufgabe und die Kunst des Gesetzgebers darin besteht, seine Grundgedanken zu bestimmen und sie dann auch wirklich konsequent zu entwickeln.

Das, was der Verf. somit methodologisch vom Gesetzgeber verlangt, das Vermeiden jeder Systemwidrigkeit in dem bereits früher festgestellten Sinn, steht allerdings, wie nicht geleugnet werden kann, in einem starken Widerspruch zu der heutzutage, namentlich auf dem Gebiet des Strafrechts, geforderten und vertretenen Methode. Denn während es doch bis jetzt als die Grundaufgabe der Strafrechtsreform galt, die Auffassungen der klassischen und der soziologischen Schule in der Synthese, d. h. in dem Kompromiß des Gesetzgebers, zu vereinigen, so betont die These des Verf. (wie übrigens demnächst auch ihre Durchführung im einzelnen) die Unmöglichkeit, auf diesem Weg zu einer wirklich einheitlichen, damit brauchbaren Gesetzgebung zu kommen. Hier das Prinzip der Idee, dort das Kompromiß der Zweckmäßigkeit, das sind die Gegensätze, die sich gegenüberstehen.

Es kann nun nicht übersehen werden, daß eine bis ins Letzte durchgeführte Prinzipientreue zur begriffsspaltenden Einseitigkeit ausarten kann, und man kann auch nicht leugnen, daß die Einzelausführungen des Verf. dieser Gefahr nicht immer entgangen sind. Seine Einzelausführungen erscheinen manchmal so überspitzt, daß sie beinahe scholastischen Eindruck hinterlassen. Aber uns kommt es nicht auf Einzelheiten, sondern auf die Herausarbeitung der Grundauffassung des Verf. an. Und da ist beachtenswert, daß er zur Vermeidung von Einseitigkeiten ein Sicherheitsventil läßt. Perhorresziert er die Systemwidrigkeit, so läßt er die Systemabweichung zu. Sie ist gegeben, „wenn ein Gedanke, welcher sich logisch aus einer Grundlage ergibt, nicht bis zu Ende durchgeführt, sondern sozusagen auf halbem Wege abgebrochen wird, ohne daß jedoch an seiner Stelle ein einem entgegengesetzten System angehöriger Gedanke durchgeführt wird“. Da nun die Frage, ob eine Systemabweichung zuzulassen ist, selbstverständlich nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus beantwortet werden kann, so ist hier der Weg zum Kompromiß der entgegenstehenden Auffassung gegenüber doch wieder in gewisser Weise freigeworden. Allerdings handelt es sich bei dem Entgegenkommen der fremden Auffassung gegenüber nur um einen Verzicht auf die letzte Konsequenz der eigenen Ansicht, nicht um eine Übernahme von Bestandteilen der fremden Ansicht. Daß aber Systemwidrigkeit und Abweichung vom System Tatbestände sind, die ineinander übergehen, liegt auf der Hand. So besteht denn an dieser Stelle die Gefahr des Eindringens von Widersprüchen in das eigene System, da es nun einmal bei der Verwirklichung begrifflich trennbarer Begriffe die Sachen sind, die sich im Raum anfangen zu stoßen. Andererseits kann der Verf. auf die Möglichkeit der Systemabweichungen nicht verzichten, wenn er Einseitigkeiten vermeiden will, die doch ihrerseits in der Übertreibung, damit der Lebensentfremdung des Grundgedankens ihren zureichenden Grund finden.

Wie nun der Verf. seine methodologische Grundeinstellung in Hinblick auf das Gebiet des Strafrechts durchführt, soll hier im einzelnen nicht ausgeführt werden. Mir kam es, wie bereits hervorgehoben, nur darauf an, zu einer Methode Stellung zu nehmen, in deren Proklamierung mir das Schwergewicht der Arbeit zu liegen scheint. War es doch wirklich notwendig, wirkt es erfrischend und überzeugend, erweist es sich als durchaus fördernd, wenn endlich einmal wieder gegenüber dem ewigen Kompromiß unserer Tage und namentlich unserer Strafrechtsreform das Prinzipielle entschieden in den Vordergrund gerückt wird, wenn die Anerkennung des Systematischen auch de lege ferenda mit Nachdruck verlangt wird. Ohne somit auf die Einzelheiten des inhaltsreichen Werkes einzugehen, sei nur folgendes kurz hervorgehoben: Der Verf. geht vom Standpunkt der klassischen Schule aus, und zwar sucht er rein ideologisch, d. h. also losgelöst von jedem positiven Recht, lediglich de lege ferenda ein objektives System zu entwickeln, ein System also, das das äußere Geschehen als solches, soweit es sich als Verwirklichung menschlichen Willens darstellt, zum Ausgangspunkt nimmt. Mag man hier sowohl im ganzen als auch im einzelnen manches, ja vieles den Ausführungen des Verf. entgegensetzen können, interessant und beachtenswert bleibt immer, mit welchem Scharfsinn er sein System entwickelt, d. h. seinen Grundgedanken in die Einzelheiten entwickelt. Und überaus beachtenswert ist auch der m. E. dem Verf. durchaus gelungene Nachweis der auch heute noch vorhandenen Vitalität der meisten Grundgedanken der sog. klassischen Schule. Gerade die hierhergehörigen Ausführungen erscheinen mir von besonderer Bedeutung. Wenn der Verf. endlich seine heuristisch gefundenen Gedanken in einen kritischen Vergleich mit den Strafgesetzentwürfen der Gegenwart setzt, so erbringt er mit seinen diesbezüglichen Darlegungen einen besonders überzeugenden Beweis für seine Grundthese, daß nur die prinzipiell orientierte und systematisch durchgeführte Gesetzgebung den Anspruch, richtiges Recht zu sein, wirklich erheben kann[1]).

Alles in allem (ich sehe von Einzelheiten völlig ab) kann das allerdings nicht leicht zu lesende Werk **Zimmerls** (leicht zu schreiben, die schwerste Kunst des Juristen, ist leider keine Eigenschaft, die man dem Verf. nachrühmen kann!) nur als erfreuliche Bereicherung unserer Strafrechtswissenschaft bezeichnet werden. Sollte es den Erfolg haben, die Notwendigkeit systematischen Rechtes und damit systematischer Gesetzgebung unseren maßgebenden juristischen Kreisen überzeugend dargetan haben, dann ist der Zweck erreicht, zu dem Verf. eine Arbeit geschrieben hat, bei der die Durchführung nur dem Beweis der These dient, bei dem mithin der Irrtum in der Durchführung ohne jede Bedeutung für die Wahrheit und Tragweite des Grundgedankens ist.

Prof. Dr. **Heinrich Gerland**, Jena.

Die Grundlehren des Strafrechts. Strafgesetzbuch I. Teil. Populär dargestellt von Rechtsanwalt Dr. **Halpert.** 5. Aufl. Berlin. Deutsche Polizeibuchhandlung und Verlag GmbH.

Erste Auflage 1928, fünfte Auflage 1931! Dieser außergewöhnliche Erfolg spricht lauter für die Bedeutung des Buches, als jede empfehlende Kritik es könnte. Ich gestehe, daß ich ein gewisses aprioristisches Mißtrauen gegen „populäre Darstellungen“ juristischer Materien habe. Dem Laien, dem die theoretischen Voraussetzungen fehlen, können sie gewöhnlich „das Beste, was wir wissen, doch nicht sagen“, und bringen ihm nur ein Halbwissen, das zu Mißverständnissen führt, und dem zünftigen Juristen erscheinen sie banal, weil ihnen die wissenschaftliche Note und Vertiefung fehlt. Aber das **Halpert**sche Buch hat mich bekehrt. Es ist erstaunlich, wie geschickt es die schwere Materie des Strafrechts einerseits systematisch dem Juristen serviert, dem Anfänger als bequem aufzunehmenden Lernstoff, dem Fortgeschrittenen zur willkommenen Repetition und Nachschlagung, und wie es andererseits die grundlegenden Begriffe dem gebildeten Laien ohne Beschwerung mit wissenschaftlichem Rüstzeug klar und anschaulich zum Verständnis zu bringen weiß. Das heißt in der Tat, einen wissenschaftlichen Stoff im besten Sinne des Wortes „populär“ verarbeiten, und der Verf. kann des Dankes seiner gelehrten wie nicht gelehrten Leser für die ebenso anregende wie lehrhafte Lektüre sicher sein. Ganz besonders ist die glückliche Wahl und Formulierung der, das Verständnis für die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe vermittelnden, praktischen Beispiele zu rühmen, und vor allem bemerkenswert erscheinen mir nach dieser Richtung die vortrefflichen Ausführungen über die schwierigen Probleme der Schuld, des Kausalzusammenhangs, des Vorsatzes und, am Schluß des Buches, des Versuchs, der Anstiftung, der Formen der Beihilfe, der strafbegründenden und der strafausschließenden Umstände, sowie die Stellungnahme zum Begriff der fortgesetzten Handlung. Nur wer vollständig über der Sache steht, und wer theoretisch wie praktisch die ganze große Materie restlos beherrscht, ist imstande, den Stoff in solcher Weise zu meistern. Man kann nur wiederholen, was schon beim Erscheinen der ersten Auflage dem Verf. von berufenen Beurteilern, z. B. auch vom Referenten des Preuß. Richtervereins bestätigt wurde: Er hat seine Aufgabe „vorbildlich gelöst“ und uns ein vortreffliches Buch beschert.

JR. Dr. **Mamroth**, Breslau.

[1]) Bezüglich der Einzelheiten des umfangreichen Werkes verweise ich auf die eingehende Besprechung von **Engisch**, Aschaffenburgs MSchr. 22, 375—379.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 15. Mai 1871 mit einem Anhang von wichtigen Bestimmungen des GVG. und der StPO., erläutert von Dr. A. Grosch, Landgerichtspräsident i. R. Zehnte Auflage, neubearbeitet von Dr. **Walter Petters**, Amtsgerichtsrat. München 1931. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). 263 Seiten. Preis 4,70 ℳ.

Die neue Auflage des zuletzt JW. 1929, 2699 angezeigten Buches ist von dem jetzigen Bearbeiter in der gleichen dem gesteckten Ziel vortrefflich gerecht werdenden Weise bearbeitet worden wie die vorausgegangenen neun Auflagen von dem ursprünglichen Autor. Das Werk ist geradezu ein musterhaftes Beispiel dafür, wie man Laien die für das tägliche Leben wichtigsten Fragen des StGB. verständlich machen kann; durch eine Anzahl von Beispielen hat der neue Bearbeiter hier noch weitere Verbesserungen erzielt. Das Buch ist in erster Linie für Polizei- und Kriminalschulen bestimmt, kann aber auch jedem sonstigen interessierten Laien nur empfohlen werden. D. S.

Rudolf Pohle: Revision und neues Strafrecht. (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien. Heft 56.) Leipzig 1930. Verlag von Theodor Weicher. VIII u. 126 S. Preis 7 ℳ.

Die vorliegende Schrift überragt das Niveau einer Anfängerarbeit weit. Sie trägt großenteils den Charakter einer Gegenschrift gegen die „Revision“ des Berichterstatters und ist infolgedessen vielleicht etwas zu sehr auf den Ton unfruchtbarer Polemik abgestellt. In zahlreichen anderen Punkten begnügt sie sich damit, auf diese Vorgängerin zu verweisen. Das mag mitunter ihre selbständige Lesbarkeit beeinträchtigen. Daneben aber gibt der Verf. auch Eigenes, das freilich nicht immer als richtig anerkannt werden kann. Wertvoll ist der 121 Zitate aus ungedruckten RG.-Entsch. enthaltende Anhang.

Über die Zweckmäßigkeit des Aufbaus läßt sich streiten. Pohle beginnt mit einer Darstellung der RG.-Rspr. (Teil A), prüft dann die Bedeutung des StG.-Entwurfs für die Revisionsfrage (B) und die geltenden Bestimmungen über die Befugnisse des RevG. (C), um schließlich nach einer Analyse der Urteilsgründe (D) die einzelnen Zwecke der Rev. zu erörtern (E). M. E. wäre mit diesem Schlusse zu beginnen gewesen. Durch diese Art des Aufbaus wird Pohle genötigt, in den ersten Teilen der Arbeit unbewiesene Behauptungen über die Revisionszwecke aufzustellen. Während Teil A nichts Erwähnenswertes bietet, leistet Pohle im Teil B für die neuesten StG.-Entwürfe die Arbeit, die die Ausführungen des Berichterstatters in „Revision“ S. 154—161 für den Entwurf von 1919 zu leisten versuchten. Er kommt zu dem Ergebnis, daß gerade die wesentlichsten Entscheidungen, die der Strafrichter der Zukunft zu treffen haben wird, der Nachprüfung des RevG. — wenigstens vom herrschenden Standpunkt aus — entzogen sein werden, insbes. auch deshalb, weil die Strafzumessungsbestimmung des § 69 des Entwurfs im wesentlichen nur eine „Sollvorschrift“ ist. Mit Rücksicht hierauf stellt er die Frage, ob es einen Sinn habe, angesichts der bevorstehenden Änderungen des materiellen Rechts noch an der Rev. festzuhalten; ob es nicht wenigstens erforderlich sei, sie dem neuen Recht anzupassen (S. 18). Diese Fragen lassen sich — wie er mit Recht meint — nur durch eine Klarlegung des Zweckes der Rev. beantworten. Und hiermit gelangen wir zu dem Punkte, an dem die Wege Pohles sich nach seiner Ansicht von denen des Berichterstatters trennen. Pohle behauptet nämlich zunächst, der Berichterstatter kenne keine besonderen Zwecke der Rev., sondern nur Zwecke der Rechtsmittel überhaupt (S. 19, 24 Anm. 2). Ein sonderbares Mißverständnis! Der Berichterstatter hat sich gerade bemüht (vgl. „Revision“ § 3), nicht nur eingehend darzulegen, welche Zwecke mit den Rechtsmitteln überhaupt verfolgt werden können, sondern vor allem auch, wie verschieden die Wirkungen der einzelnen Rechtsmittel sind. Sein Ergebnis war beispielsweise, daß die Rev. mehr als die Berufung geeignet sei, die Rspr. der Untergerichte günstig zu beeinflussen, also den einen Hauptzweck der Rechtsmittel, die Erzielung sachlich gerechterer Urteile (S. 21), zu erreichen (S. 26); andererseits sei der Rechtseinheitszweck für die Rev. zwar wesentlich, aus ihrer Konstruktion im geltenden Recht aber ergebe sich, daß er im Kollisionsfalle hinter dem Gerechtigkeitszweck zurückzutreten habe (S. 29 ff., 2). Hieraus ist klar ersichtlich, daß die Auffassung des Berichterstatters dahin ging und geht: die Rev. hat der Gerechtigkeit und der Rechtseinheit zu dienen; bei einer Kollision beider Zwecke aber gebührt dem ersteren der Vorzug. Diesen Sachverhalt gibt Pohle an späterer Stelle (S. 54) denn auch unbewußt zu, freilich nur, um daran die unrichtige Behauptung zu knüpfen: also könne das Streben nach Rechtseinheit bei dem Berichterstatter nicht in Erscheinung treten: „Ein Ziel, das bei Widerspruch mit einem anderen hinter dieses zweite zurücktreten muß, kann praktisch außer Betracht bleiben. In Wahrheit wird die Rechtseinrichtung dann nur von diesem zweiten Zweck bestimmt, während jener erste keinen Einfluß auf sie hat“ (S. 34). Wenn also jemand zwei Bestrebungen verfolgt, aber dort, wo beide im Einzelfalle miteinander nicht vereinbar sind, der einen Bestrebung den Vorzug vor der anderen geben will, so verfolgt er nach Pohle überhaupt immer nur die eine! Auf der gleichen Stufe steht die Bemerkung Pohles, der Berichterstatter müsse von seinem Standpunkt aus eigentlich die Beseitigung aller Schranken der Rev. verlangen; denn ein Rechtsmittel, das nur (!) die gerechte Entscheidung des Einzelfalles bezwecke, müsse die gesamte Tatsachenfeststellung überprüfen dürfen (S. 35). Hierbei ist übersehen, daß ein solches ganz unbeschränktes Rechtsmittel die ihm auch vom Berichterstatter stets zugedachte Aufgabe, die Rechtseinheit zu wahren, nicht erfüllen könnte (vgl. „Revision“ S. 63, 199). In seiner ausführlichen Erörterung der Zwecke der Rev. (S. 80 ff.) wird Pohle der Meinung des Berichterstatters denn auch erheblich besser gerecht als in den oben erwähnten Bemerkungen. — Ähnlich schief ist der Vorwurf, der Berichterstatter gelange nicht zu einem fest umrissenen Tatsachenbegriff und „konnte einen solchen auch gar nicht finden“ (S. 33). Als ob nicht ein wesentliches Argument des Berichterstatters gerade dahin ginge, daß ein einheitlicher Tatsachenbegriff eben nicht existiere. Wenn Pohle dann tadelt, daß der Berichterstatter trotzdem die Tatsachenfeststellung von der Tatsachenbewertung trenne („Wie will er aber beides scheiden, wenn er nicht weiß, was die Tatsachen sind?“, S. 35), so ist hierauf zu entgegnen, daß man feststellende und bewertende Tätigkeit natürlich auch dann scheiden kann, wenn man über das Objekt der Tätigkeit keine völlige Klarheit gewonnen hat.

Objekt der Rechtsanwendung ist nach Pohle nicht die Tatsache, sondern die „Wirklichkeit“. Freilich nicht „die Wirklichkeit der Dinge an sich“, sondern nur „das Bild, welches das menschliche Bewußtsein sich von der Wirklichkeit an sich macht“ (S. 28). Daß durch die Einführung dieses Begriffs irgend etwas zur besseren Erkenntnis des Rev.-Problems gewonnen wird, muß bezweifelt werden (so auch Schwinge in seiner Besprechung ZStW. 51, 437). Aus seinem Wirklichkeitsbegriff glaubt Pohle aber mit Sicherheit schließen zu können, daß der RevR. in die Beweiswürdigung des Tatrichters auf keinen Fall, auch nicht — wie die meisten RevG. neuerdings mit Recht annehmen — bei sog. Verstößen gegen Denkgesetze eingreifen dürfe (S. 46/47). Er wiederholt den bekannten Einwand, der Begriff der Denkgesetze sei zu unbestimmt — besser wäre es aber, an seiner näheren Bestimmung mitzuarbeiten. Wenn er die Ausführungen des Berichterstatters in JW. 1928, 2164[30] damit bekämpft, nach der bisher wohl einhelligen Meinung falle nicht jede mangelhafte Begründung eines Urteils unter § 338 Nr. 7 StPO. (S. 47 Anm. 2), so ist damit noch nicht bewiesen, daß diese Meinung endgültig richtig sein müsse. Verfehlt ist auch der Einwand Pohles (ebenda), es sei schon deshalb unmöglich, die Rev. auf eine mangelhafte Beweiswürdigung zu stützen, weil kein Urteil die Gründe für seine tatsächlichen Feststellungen anzugeben brauche. Abgesehen davon, daß die neuesten Bestrebungen Alsbergs u. a. ja gerade dahin gehen, den Inhalt der Urteilsgründe zu erweitern, so ist für den Revisionsgrund des Verstoßes gegen Denkgesetze auch jetzt schon überall da Raum, wo die Urteilsgründe die tatsächlichen Feststellungen in der heute allgemein üblichen Weise, mehr oder weniger eingehend, begründen, dabei aber Denkfehler erkennen lassen. Wenn Pohle sich mit der neueren Literatur zur Methode der Beweiswürdigung eingehender beschäftigt hätte, würde er sich gegen diese Ausdehnung der Revisionsmöglichkeiten weniger ablehnend verhalten. Auch eine Berücksichtigung des österr. Rechts (vgl. darüber den Aufsatz des Berichterstatters in DRZ. 1929, 175 ff.) vermißt man bei Pohle.

In seinen Ergebnissen weicht Pohle übrigens schließlich — abgesehen von der Frage der Denkgesetze — kaum von denen des Berichterstatters ab (vgl. z. B. über die Auslegung S. 8, 53, 54, über die Subsumtion S. 55, über die Bedeutung der Ermessensvorschriften S. 56 ff., der Sollvorschriften S. 68 und vor allem über die Behandlung der Strafzumessung in der RevInst. S. 99 ff.). Das bedeutet eine um so angenehmere Überraschung, als Pohle schon im Vorwort ankündigt, daß er ihm gerade in einigen grundlegenden Fragen nicht folgen könne. Die Gegensätze beschränken sich aber vielfach auf Einzelheiten der Begründung. Auch die angeblich so schwerwiegende Meinungsverschiedenheit über die Zwecke der Rev. schrumpft bei genauerer Betrachtung erheblich zusammen. Da hätte es vielleicht näher gelegen, mehr das Gemeinsame zu betonen. Der Berichterstatter kann jedenfalls seine Freude darüber aussprechen, daß nach den Monographien von Drost und Heilbron nun auch die des Verf. trotz ihres polemischen Gewandes sich zu den Leitgedanken bekennt, die der Schrift des Berichterstatters zugrunde liegen.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Erik Wolf: Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts. (Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft, Nr. 34.) Breslau 1931. Ferdinand Hirt. Preis 4,50 ℳ.

Das Ziel der Schrift ist die Wegbereitung für den Allgemeinen Teil des Besonderen Teils (S. 3). Ihre sie rechtfertigende Grundanschauung die Überzeugung von der fragelösenden Kraft eines Systems. Ihr Mittel die Darstellung der Typen der Tatbestandsmäßigkeit (S. 63). Ein solcher Typ ist Zwischending zwischen dem Genus: „wer dies und das tut, wird so und so bestraft“, und

der Spezies: „wer einen Menschen vorsätzlich mit Überlegung tötet, wird mit dem Tode bestraft" (S. 5 f.). Der spezifisch-typische Sinn, welcher der Variation der Handlungselemente (Willensentschluß, Willensbetätigung und Erfolg) zugrunde liegt, dient zur Gruppenbildung (S. 12). Von den Handlungselementen werden Handlungsumstände unterschieden. Das sind entweder Modalitäten (Raum- und Zeitbestimmung der Handlung, Tatobjekt) oder Qualitäten der Handlung, und zwar Qualitäten begleitender wie „Ärgerniserregung" in § 166 oder bewertender Funktion wie „freiwillig" in § 46 (S. 12 f. u. die Tabelle zwischen S. 62 u. 63).

Die Willensentschlüsse sind manchmal solche mit typischer Willenstendenz wie Vorsatz und Fahrlässigkeit (S. 19). Mit Recht bemängelt E. Wolf bei der Ausbildung dieser Schuldformen die geringe Rücksichtnahme auf die Einzeltatbestände (S. 18 zu und in Anm. 3 u. S. 63). Oder sie sind solche mit extensivierter Willenstendenz. Zu diesen gehören alle Absichtsdelikte, bei denen die abstrakte Gefährlichkeit der Gesinnung den entscheidenden Gesichtspunkt für die Strafwürdigkeit abgibt, nicht die konkrete Gefährlichkeit der Tat (S. 20 f.), alle Unternehmensdelikte wie z. B. die strafbaren Versuche, bei denen ebenfalls die abstrakte Willensgefährlichkeit den Tatbestand konstituiert, was Grundlage der subjektivistischen Versuchslehre ist (S. 21), sowie alle objektiven (z. B. § 87) und subjektiven (z. B. § 146) Zweckdienlichkeitsdelikte (S. 22 ff.). Zeichnen sich die Absichtsdelikte durch ein Mehrwollen als Vollbrachthaben, die Unternehmensdelikte als das Wollen einer atypischen Handlung zu einem bestimmten Zweck, so die Zweckdienlichkeitsdelikte dadurch aus, daß ein typisches Vollbrachtes zu einem bestimmten Zweck gebraucht wird, dessen Erreichung bei den objektiven als ohne Zutun des Täters erfolgend, bei den subjektiven als durch weiteres eigenes Handeln herbeigeführt vorgestellt wird. Oder die Willensentschlüsse sind schließlich solche mit intensivierter Willenstendenz, in denen sich ein vertiefter, hartnäckiger, unbeugsamer Wille manifestiert (S. 24 f.). Hierher gehört die gewohnheitsmäßige, gewerbsmäßige, geschäftsmäßige Begehung (Konstitutionsdelikte) und die gewinnsüchtige oder eigennützige (Dispositionsdelikte). Es führt zu weit, alle Gruppen wiederzugeben. Es werden dann zunächst die Willensbetätigungen nach empirischer (Tätigkeits- und Unterlassungsdelikte, aktuelle und perpetuierliche Delikte wie Zuhälterei) und personaler (Tätigkeits- und Unterlassungsdelikte nicht als räumlich extensiv oder intensiv, sondern als leiblich muskulär oder intellektuell betrachtet) Dimension zerlegt. Und drittens die Handlungserfolge behandelt. Als letztes stellt E. Wolf die empirischen (Kirche in § 166, Kriegszeit in § 88, Mensch in § 211), teleologischen (Eigentum in § 242, hilflos in § 221) und personalen (inneres Wissen in § 139, Sinnverständnis in § 185) Handlungsumstände dar. Eine ausführliche Tabelle liegt der Schrift zwischen S. 62 u. 63 bei.

Die hohe Bedeutung des Buches besteht darin, daß es gleichsam Armeen aus der Erde stampft. Man vgl. etwa den 19 Seiten kurzen Abriß, den in der ausführlichsten dreibänd. Darstellung des Bes. Teils, die wir besitzen, Binding diesem Gegenstand gewidmet hat (Lehrb. d. Gemeinen dtsch. Strafrechts, Bes. Teil, 2. Aufl., Bd. I, 1902, S. 4 bis 22). Sie erweisen ihren Wert in manchem alten Streit. So verflüchtigt sich der Unterschied von Kommissiv- und Omissivdelikten in die Täterlehre. Für die Tatlehre fällt er fort. Ob sich die Willensbetätigung in der Außen- oder Innenwelt abspielt, ist gleichgültig. Stets spielt sie sich in der Rechtswelt ab (S. 27 f.). Ebenso ist der Erfolg stets eine Veränderung in der Rechtswelt. Ob diese durch eine Außenweltsveränderung indiziert wird, muß nebensächlich sein (S. 45 f.). Daraus wird weiter gefolgert, daß das Objekt fungibel ist. Auf die Tötung eines Menschen, nicht auf die in der Außenwelt erfolgte Tötung des „Herrn Ludwig Mayer mit ay" kommt es an. Das bedeutet Gleichstellung der Aberratio Ictus mit dem Error in persona und in objecto (so z. B. auch Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 253 f.). Ferner sei bemerkt: mag in einer gesetzlichen Regelung die Strafwürdigkeit oder die Schutzwürdigkeit vor Strafe im Vordergrund stehen — stets wird die Auslegung darauf zu sehen haben, daß ein Prinzip das andere beschränkt und begrenzt. Daraus erklärt sich bei unserem System der Tatbestände der Ruf von Erik Wolf (S. 63) am Ende der Schrift nach einer Typik der Täterschaftsmäßigkeit. So findet sich eine Fülle seiner Bemerkungen. Sie alle wiederzugeben, geht nicht an. Man lese das Buch!

Dr. Werner Goldschmidt, Kiel.

Hans Hermann Martens: Der Irrtum über Strafmilderungsgründe. (Strafr. Abhdl. herausgegeben von Schoetensack, Heft 246.) Breslau 1928. Schletter'sche Buchhandlung.

Die Schrift von Martens hat mit ihrer scharfen Fragestellung und umsichtigen Fallbehandlung anregend gewirkt. Von Zeugnissen der wissenschaftlichen Aussprache über sie erwähne ich Erik Wolfs Besprechung: MSchrKrimPsych. 1929, 665—670.

Martens lehnt es im Anschluß an Eberhard Schmidt ab, die vielen verschiedenen Fälle des Irrtums über Strafmilderungsgründe aus einem Gesichtspunkt zu betrachten, nach einem einheitlichen Grundsatz zu entscheiden. Insbes. lehnt er die Anwendbarkeit des § 59 StGB. ab.

Er teilt alle Fälle nach den Milderungsgründen in zwei große Gruppen ein, von denen die zweite allerdings zwei Unterabteilungen hat, so daß wir im ganzen auf drei Arten der Strafmilderungsgründe kommen (S. 23).

I. Objektive Milderungsumstände §§ 248 a, 264 a (hinsichtlich des Merkmals der Geringwertigkeit), 236, 263, 370 Nr. 5.

II. Schuldumstände (Milderungsgründe, „die durch ihr Vorliegen die Schuld des Täters vermindern").

a) Primärpsychische Schuldumstände: §§ 216, 233, 248 a, 264 a („aus Not"), 313 Abs. II (wesentlich: „daß die schuldmindernde innere Zwangslage beim Täter wirklich bestanden haben muß").

b) Präsumtive Schuldumstände: §§ 148, 157, 217 StGB. (diese Gesetzesstellen „vermuten, daß bei Vorliegen bestimmter, von ihnen objektiv bezeichneten Voraussetzungen die Zwangslage immer vorhanden ist").

Diese Einteilung ist, soweit der Verf. an seinen Lehrer Eberhard Schmidt anknüpft, gewonnen „von der kriminalpolitischen ratio legis aus" (Wolf), soweit er Eigenes versucht, aus rationaltheoretischer Stellungnahme zur Unrechts- und Schuldlehre. Im Gegensatz zu Wolf sehe ich hierin keinen methodischen Vorzug, sondern eher eine große Bedenklichkeit. Da Martens sein Schema braucht, um zu Schlüssen über Fragen des geltenden Rechtes zu kommen, hätte es näher gelegen, Geschichte der einzelnen Gesetzesstellen, Dogmengeschichte und Rspr. mehr zu Rate zu ziehen. Daß die Einteilung als ein Versuch, das Wesen der Milderungsgründe tiefer zu erfassen, wertvoll ist, soll damit nicht in Abrede gestellt werden. Annehmen kann man sie m. E. nicht. Sie hat sich, soweit ich sehe, auch keineswegs durchgesetzt.

Grundsätzliche Bedenken richten sich gegen die erste Gruppe, die angeblichen „objektiven Milderungsumstände". — A. hat Geringwertiges aus Not entwendet: so der Milderungsumstand. Nun aber war, was er entwendete, tausendmal mehr wert, als er ahnte. Oder er hat umgekehrt Geringwertiges für Hochwertiges gehalten. Es fällt auf, daß Martens in seltsamer Weise die §§ 248 a, 264 a in zwei Teile zerreißt: Das „aus Not" ist nach ihm ein Milderungsgrund der zweiten Hauptgruppe, ein Schuldumstand. Aber die Geringwertigkeit des Entwendeten, die der Gesetzgeber zusammen mit der Not sieht, reißt Martens von dieser los, um sie in die erste Gruppe zu stellen. Die Geringwertigkeit sei etwas „Objektives". Folglich mindere sie nicht die Schuld (also etwas „Subjektives"), sondern das Unrecht.

Dabei wird von einem rein objektiven Unrechtsbegriff ausgegangen (der auch mir einmal verwertbar schien, allerdings nie in der mir von Martens unterstellten Einseitigkeit, den ich aber heute preisgebe [Festschrift für Frank 1930, I, 128 f.]). Das Recht erscheint Martens in der Hauptsache als ein Komplex von Bewertungsnormen. Aber er bringt die objektive Unrechtslehre nicht einmal in ihrer streng juristischen Form, sondern ins Soziologische und (wie ich meinen möchte) ins Materialistische gewendet. Als die strenge Form erscheint mir die, welche als verletztes Gut beim Diebstahl z. B. das Eigentum betrachtet. Und das ist ein Rechtswert, wenn auch tausend verschiedene Geldwerte darin enthalten sein mögen. Martens stellt es auf den Geldwert, den wirtschaftlichen Wert ab. Das Recht ist wenig aktiv bei dieser Wertung nach moderner Doktrin. Es hat eigentlich nur die Werte anzunehmen, die in Natur und Gesellschaft schon da sind. Aller Rationalismus kommt auf Naturrecht hinaus, auch die neue „methodische Besinnung" u. a. Den Gegensatz von Naturrecht und positivem Recht hätte Martens wohl klarer erkannt, wenn er sich nicht mit einigen dogmengeschichtlichen Hinweisen begnügt hätte, sondern den Wurzeln der beiden Hauptauffassungen vom Unrecht nachgegangen wäre.

Die von ihm abgelehnte Imperativentheorie (Merkel, Thon, Kohlrausch, Hold von Ferneck) kommt, wie mir scheinen will, zu einer besseren Lösung. Hier sind unmöglich die Gebote, durch welche Diebstahl und Betrug untersagt ist, nach dem Geldwert der Dinge verschieden. Du sollst nicht stehlen, heißt der einfache Befehl, in § 242 wie in § 248 a. Um diesen Befehl handelt es sich bei der Unrechtsfrage. Aber die Auflehnung des Täters gegen den Befehl ist eine verschieden schwere: das ist die Schuldfrage. (Man sieht: so ganz miteinander vermengt sind Unrecht- und Schuldfrage in der „subjektiven Unrechtslehre" denn doch nicht.)

Der gesetzliche Milderungsgrund enthält das objektiv formulierte Erfordernis der Geringwertigkeit. Mit der objektiven Formulierung ist noch lange nicht entschieden, daß es sich um eine Frage des Unrechts handeln muß: der Gesetzgeber kennt objektive Schuldanzeichen (davon unten) sowie subjektive Erfordernisse der Rechtswidrigkeit (s. das ganze „Normadressat"-Problem u. übrigens auch Martens selbst: S. 19). Hier trifft Wolfs Einwand gegen Martens das Richtige: „Die Frage (der Strafmilderungsgründe und des Irrtums über sie) entscheidet sich innerhalb der Tatbestandslehre — es war unnötig, sie auf das metajuristische Gebiet des materiellen Unrechts und damit ihre Antwort ins Kriminalpolitische statt ins Dogmatische

zu verlegen" (a. a. O. S. 666). Allerdings vermisse ich bei **Wolf**, daß er selber scharf die beiden Gebiete: Lehre vom Tatbestand und im Hinblick auf Gesetzgebungsfragen gedeutete allgemeine Unrechts- und Schuldlehre trennt. Auch vermag ich seinem Ergebnis (in dem in gewisser Weise **Martens'** Lehre noch übertrieben ist) keineswegs beizutreten. **Wolfs** Ergebnis mag manchem vielleicht zunächst von bezwingender Einfachheit scheinen. Statt der Dreiteilung von **Martens** (s. oben) gibt er die Zweiteilung:

1. Strafmilderungsgründe mit **normativen Tatbestandselementen**: §§ 264a, 248a („geringer Wert"), 370 Ziff. 5. Hier sei Nichtkenntnis unbeachtlich, Falschwissen nach § 59 und irrtümliche Annahme als „Mangel am Tatbestand" zu beurteilen.

2. Strafmilderungsgründe mit subjektiven Tatbestandsmerkmalen: §§ 216, 217, 148, 157, 246a, 264a („aus Not"). Hier solle irrtümliche Nichtkenntnis oder Falschkenntnis die Strafmilderung ausschließen, irrtümliche Annahme dagegen sie herbeiführen.

Wolf versucht somit, alles mit einer Lehre zu meistern, die sich aus ein paar hingeworfenen geistreichen Bemerkungen M. E. **Mayers** entwickelt hat, dann von **Mezger** sorgsam ausgebaut worden und schließlich zu einer allzu reichlichen literarischen Flut angeschwollen ist. Ich bezweifle die Fruchtbarkeit dieser Lehre. In geschichts- und gesetzesverachtender Systematisierungslust werden da vielfach willkürlich Einzeltatbestände zu einem „Ganzen" zusammengefaßt; und der Eigensinn der einzelnen Bestimmung wird nicht mehr beachtet.

Es handelt sich bei den Strafmilderungsgründen um die **Schuldfrage**. Gewöhnlich geben uns die Tatbestandsanweisungen des Gesetzgebers subjektive Anzeichen der Schuld, sowie wir bei der Unrechtsfrage zunächst auf die leichter feststellbaren äußeren Umstände hingewiesen werden. Aber die Regel wird nicht doktrinär durchgeführt (wie ja auch **Martens** S. 19 erkennt und betont). So haben wir äußere Umstände als Schuldvermutung in § 259 StGB., äußere Schuldmerkmale ferner bei der Schuldverteilung auf Täter und Teilnehmer und bei der Fahrlässigkeit. Liegt es nicht nahe, äußere Schuldanzeichen auch bei den Strafmilderungsgründen zu sehen? Nur die sorgsame Erforschung der einzelnen Gesetzesbestimmung kann hier weiterhelfen. So verfuhren auch stets Rspr. und früheres Schrifttum. Und manche wichtige Erkenntnis wurde da gefördert. Z. B. **Stooß**: „Die objektive Fassung der Bestimmung (§ 157 Nr. 1 StGB.) hat einen guten Sinn. Wenn der Zeuge auch die Gefahr einer Verfolgung nicht kennt, so kennt er seine Tat, die ihn beschämt" (VDB. III 291 N. 5). Und umgekehrt dürfte man sagen: Wenn jemand auf Grund sehr unklarer rechtlicher Vorstellungen sich die Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung nur einbildet, so steht die eingebildete Gefahr (wie anderswo vielleicht auch die eingebildete Not) der wirklichen Gefahr nicht schon ohne weiteres seelisch gleich. (Es fragt sich nur, ob der Gesetzgeber eine solche Gleichstellung vornehmen wollte [RGSt. 43, 68].) Das Eingebildete braucht nicht immer die gleiche Kraft zu haben, einen in die seelische Enge und Bedrängnis zu treiben, wie das Wirkliche (RGSt. 43, 70; s. a.: RGSt. 59, 89; 61, 311).

Eberhard Schmidt (Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 273, 274):

„Wo das Gesetz ausdrücklich verlangt, daß im Täter das Vorliegen des Milderungsgrundes tatsächlich eine motivierende Rolle gespielt hat, da muß der zur Verkennung dieses Milderungsgrundes führende Irrtum des Täters die Nichtanwendbarkeit des milderen Gesetzes zur Folge haben... Wo das Gesetz dagegen keinen Wert auf den Nachweis legt, daß im Täter tatsächlich ein die richtige Motivation erschwerender seelischer Druck geherrscht habe, da kommt es auf die innere Stellungnahme des Täters zu dem Vorliegen des gesetzlichen Milderungsgrundes naturgemäß nicht an. Das heißt: Sind die Voraussetzungen etwa des § 217 oder des § 157 StGB. Ziff. 1 gegeben, so finden diese Bestimmungen Anwendung, auch wenn die Gebärende die Unehelichkeit nicht gekannt oder der Schwörende die von ihm erforderte wahre Aussage nicht als eine ihm selbst gefährliche gewürdigt hat."

Alle diese Gründe, die sich aus nüchterner praktischer Handhabung des Gesetzes ergeben, werden weder von **Martens** (S. 47, 55, 60 f.) richtig gewürdigt, noch von **Wolf** „aus den Angeln gehoben".

Das Verdienst, die Fragen und Fallgruppen sorgfältig geordnet zu haben, bleibt für die Arbeit von **Martens** bestehen. Im übrigen aber vermag m. E. weder sie noch der vielbeachtete Beurteilungsaufsatz von **Wolf** dem praktischen Bedürfnis gerecht zu werden. Und im Grundsätzlichen müssen schwere Bedenken gegen die hier eingeschlagene Richtung geltend gemacht werden.

Martens ist überall von dem Grundgedanken beherrscht: „Der materielle Gehalt der Rechtswidrigkeit ist Gesellschaftsschädlichkeit." Hiermit steht in Einklang seine Ablehnung der Imperativentheorie (**Thon, Merkel, Hold v. Ferneck, Kohlrausch**), der subjektiven Versuchslehre usw. Die Lehre vom materiellen Unrecht und der Gesellschaftsschädlichkeit hatte vor vielen Jahren die Werbekraft des Neuen und Kühnen. Inzwischen sind ihre Bedenklichkeiten immer mehr an den Tag gekommen: die Veräußerlichung des Strafrechts zur défense sociale in einem letzthin sehr unvolkstümlichen und das eigentliche Menschentum (trotz aller „Humanität") aufhebenden Sinne, die Verflachung des Staatsgedankens zu bloßem Gesellschaftsdenken. (Die Vertreter der Imperativentheorie sind unter sich sehr uneinig, aber trotz mancher liberalen Anklänge bei einigen von ihnen haben sie alle doch viel mehr Einsicht in die von einzelmenschlichem Vernünfteln gar nicht zu fassende Wirklichkeit des Staates, des wahren Staates, der etwas ganz anderes ist als organisierte Gesellschaft.)

Doch wenn man nun (wie **Wolf** richtigerweise tut) den äußerlichen Unrechtsbegriff vermeiden und sich auf das Richtige, z. B. der früheren Imperativentheorie, zurückbesinnen will (**Wolf**, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931, S. 7 Anm. 4), so muß diese Besinnung allerdings tiefer und grundsätzlicher sein als das, was vorläufig in dem umfangreichen Schrifttum über normative Tatbestands- und Schuld-, subjektive Tatbestands- und Unrechtselemente (über die Unterscheidung: **Mezger**, Strafrecht, 1931, S. 190 f.) sichtbar geworden ist. Insbes. die sog. Entdeckung der subjektiven Unrechts- und Tatbestandselemente scheint mir bei weitem überschätzt worden zu sein. In der Tatbestandslehre wirkt sie auflösend und bringt durch theoretisierendes Überbetonen manche unnütze Verwirrung in den bisherigen Aufbau. In der allgemeinen Unrechts- und Schuldlehre führt sie nicht genug in die Tiefe und ist oft mehr ein Ausweichen vor den grundsätzlichen Fragen als eine Besinnung auf sie. Wieweit **Wolfs** „Typen der Tatbestandsmäßigkeit" (also Typen der Typen) ergiebig sein können, wird noch genauer Nachprüfung bedürfen. Bedenklich scheinen mir vorläufig Ausgangspunkte wie diese: Es wird **lobend** von der Systematik festgestellt, daß sie „nicht mehr dem willkürlichen und widerspruchsvollen Aufbau des Gesetzbuches" folge (als ob Geschichte willkürlich wäre und nicht unsere Vernünftelei). Und es finden sich die Worte: „weil sie als juristische, nicht philosophische Lehre letzter theoretischer Klarheit ermangelt". Zwischen Jurisprudenz und Philosophie steht auch **Martens**. (Als ob der Abstieg von der ersten zur letzten Fakultät im Laufe der jüngsten Jahrhunderte, von der ewig feststehenden Wahrheit der Theologie zur geschichtsgebundenen der Juristen, weiter zur bloß naturgebundenen der Mediziner und schließlich zur völlig losgelösten der Philosophen, ein reiner glücklicher Fortschritt und nicht in manchem Betrachte ein Auf-den-Hund-Kommen wäre). Das kann sich kein Diener der Rechtswissenschaft gern gefallen lassen.

Prof. Dr. **Arthur Wegner**, Breslau.

Amtsgerichtsrat Dr. **Hans Knör**, München: **Deutsches Strafprozeßrecht.** (Die Studienmappe. Zur Vorbereitung auf Prüfungen, zur Fortbildung im Beruf. Heft 25.) München 1931. Bayr. Kommunalschriften-Verlag. 132 S. Preis brosch. 4,50 M.

In Form von Fragen und Antworten wird in großen Zügen das Strafprozeßrecht mit den einschlägigen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsrechts anschaulich vorgeführt. Überall eingefügte Beispiele wie auch Übungsaufgaben und ein im Anhang behandelter praktischer Fall erleichtern das Verständnis. Das Buch will in erster Linie den Verwaltungs-, namentlich Polizeibeamten und den Justizbeamten, die sich auf die Prüfungen für den mittleren Dienst vorbereiten oder die sich im Berufe weiterbilden wollen, in der Ausbildung förderlich sein; es wird aber auch Rechtsbeflissenen und Referendaren beim Studium des Strafprozeßrechtes von Nutzen sein können.

Vizepräs. des KG. i. R. Prof. Dr. **David**, Berlin.

Hans Stoiber, Landgerichtsrat in München: **Die Strafvollstreckung.** Ein Handbuch für bayerische Vollstreckungsbehörden. Erschienen in 2. unveränderter Auflage. München. Verlag J. Schweitzer (Arthur Sellier). Preis 4,80 M.

Als in den Gerichtsferien 1929 dieses Buch zum erstenmal erschien, konnte ihm ein uneingeschränktes Lob erteilt werden. Es füllt nicht nur eine Lücke in der Literatur aus, sondern die erschöpfende, besonders übersichtliche Anordnung der Materie macht es zu einem bisher fehlenden Handbuch der Praxis im wahrsten Sinne des Wortes.

Nicht nur die bayerischen Strafvollstreckungsbehörden, für die der Titel das Buch bestimmt, sondern auch jeder mit der Strafvollstreckung beschäftigte Anwalt wird dieses Buch mit größtem Nutzen immer wieder zu Rate ziehen. Jeder in der Praxis auftauchende Zweifel — und wer muß nicht gerade auf diesen etwas entfernter liegenden Gebieten ständig Zweifel zugeben — findet in dem Buch, dem ein erschöpfendes treffsicheres Sachregister angefügt ist, seine Antwort.

Ich greife ein einziges Beispiel zum Beweise des eben gesagten heraus: Wann beginnt die Strafzeit, wenn ein Verurteilter sich nicht freiwillig zum Strafantritt stellt, vielmehr zwangsweise gestellt wird?

Stoiber, erschöpfend an jeder Stelle seines Buches, schreibt aufzählend: vielmehr auf Grund eines **Vorführungs-**, **Haft-**

befehls oder Steckbriefes festgenommen wird. Das Sachregister läßt sofort unter diesen drei Stichworten das nähere finden.

Im weiteren Verlauf seiner Darlegung bringt Stoiber die Auffassung des OLG. München und des BayObLG., die beide übereinstimmend den Standpunkt vertreten, „daß grundsätzlich davon auszugehen ist, daß die auf Grund des § 457 StPO. erfolgte Freiheitsentziehung nicht die Eigenschaft einer Strafe hat und daß ihre Dauer auf die erkannte Strafe nicht anzurechnen ist, daß vielmehr die Strafe erst mit der Einlieferung in den Strafort beginnt"; selbst bei einer Saumseligkeit der Behörde gebe es keine Ausnahme.

Stoiber verfolgt nun in der Rspr., wie sich dieser Standpunkt zugunsten des Verhafteten verschoben hat, er zitiert die maßgebenden Entscheidungen des BayObLG. 9, 159; 13, 233 und 375, erwähnt Literatur hierzu und bringt abschließend die Ministerialentschließung v. 22. Juni 1923, die als Beginn der Strafzeitberechnung den Augenblick der Einlieferung des Festgenommenen in irgendein Gefängnis oder eine Strafanstalt angibt.

Stoiber gibt sich mit diesem Abschluß aber nicht zufrieden. Der Verf., jahrelang in der Strafvollstreckungspraxis stehend, kennt alle Möglichkeiten, ja Zufälligkeiten des Lebens.

Wenn nun ein Verurteilter kein Geld hat, um an den ihm bekanntgegebenen Straferstehungsort zu reisen, was ist mit ihm?

Ich glaube, daß auch beste Kriminalisten nicht sofort die Antwort wissen. Stoiber gibt sie: Der Verurteilte soll sich bei der Anstalt der Polizei seines Aufenthaltsortes stellen und diese Gestellung ist der Strafbeginn.

Man kann abschließend sagen, daß dieses Buch der Praxis seinen Weg gehen wird und besonders der Anwalt dieses Buch als unentbehrlich empfindet.

RA. Dr. Bandorf, München.

Einzelne Fragen.

Dr. Ernst Roesner: Der Einfluß von Wirtschaftslage, Alkohol und Jahreszeit auf die Kriminalität. Vortrag, gehalten auf der Generalversammlung der Zentralstelle für das Gefangenenfürsorgewesen der Provinz Brandenburg am 1. Dezember 1930 zu Berlin. Sonderabdruck aus dem Geschäftsbericht der Zentralstelle für das Jahr 1930. 96 S.

Aufgabe der Kriminalstatistik ist die Feststellung der Zahl der begangenen strafbaren Handlungen und die Ermittelung der Zahl ihrer Täter. So ermöglicht die Kriminalstatistik zunächst die Beobachtung der Schwankungen der Kriminalität. Die Ausbeute aus einer mit wissenschaftlicher Genauigkeit geführten Kriminalstatistik ist damit noch nicht erschöpft. Sie ist ein unentbehrliches Hilfsmittel zur Erforschung der Ursachen der Kriminalität und hat damit für die Wissenschaften der Kriminologie und der Kriminalsoziologie hohen Wert. In weiterem Sinne kann sie auf Grund der mit ihr erzielten Ergebnisse der Erforschung der Kausalität der Verbrechen kriminalpolitisch ausgewertet werden und schließlich gesetzgeberische Maßnahmen entscheidend beeinflussen. Es ist erfreulich, daß das Forschungsgebiet der Verbrechenskausalität, das erst auf eine verhältnismäßig kurze Dauer der Betreuung zurückblicken kann, in den letzten Jahren im In- und Auslande Gegenstand neuer Untersuchungen und Erörterungen gewesen ist. Auch eine internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiete der Beobachtung der Bewegungen und der Ursachen der Kriminalität ist in die Wege geleitet. So hat der Internationale Strafrechts- und Gefängniskongreß sich auf seiner letzten Tagung in Prag für eine solche Zusammenarbeit ausgesprochen. Für das Deutsche Reich erstattete der Referent im Statistischen Reichsamt, Dr. Ernst Roesner, das vorbereitende Gutachten, der sich um die Förderung des Problems durch den Kongreß auch dadurch sehr verdient gemacht hat, daß er dem Kongreß bereits praktische Ergebnisse zur Kausalitätsforschung mitteilen konnte. Das Problem „Konjunktur, Alkoholgenuß, Jahreszeit und Kriminalität", über das Roesner der III. Sektion des Kongresses berichtete, hat er auf breiterer Basis in einem Vortrag auf der letztjährigen Tagung der Zentralstelle für das Gefangenenfürsorgewesen der Provinz Brandenburg behandelt. Die vorl. Schrift gibt in erweiterter Fassung diesen Vortrag wieder.

Der Verf. entwickelt an Hand von graphischen Darstellungen die Zusammenhänge zwischen Wirtschaftslage und Kriminalität, die Einwirkungen des Alkohols auf das kriminelle Verhalten der Bevölkerung sowie den saisonmäßigen Verlauf der Kriminalität. Für die Untersuchung der Abhängigkeit der Kriminalität von der Wirtschaftslage stellt er die Kriminalitäts- und die Wirtschaftskurve für einzelne Länder und für größere Zeiträume einander gegenüber, wobei er als Maßstab für die Wirtschaftslage teils die Getreidepreise, teils die Großhandelspreise für Lebensmittel und Industriestoffe verwertet. Da die Wirtschaftslage hauptsächlich die Gestaltung der Vermögensdelikte, namentlich der Diebstähle, beeinflußt, hat der Verf. vornehmlich den Verlauf der Diebstahlskriminalität zum Vergleich herangezogen. Es sind die Zusammenhänge zwischen Roggenpreisen und Beeinträchtigung des Eigentums in Bayern für die Jahre 1835—1861, zwischen Roggenpreisen und Diebstählen in Preußen in den Jahren 1854—1913, zwischen Großhandelspreisen für Lebensmittel und Industriestoffe und Diebstählen im Deutschen Reich in den Jahren 1882—1913 und dieselben Zusammenhänge für England, Frankreich und Schweden graphisch dargestellt. Dabei ergibt sich, von einzelnen Sonderbewegungen abgesehen, eine bemerkenswerte Übereinstimmung in den Schwankungen der einander gegenübergestellten Kurven: Der Steigerung der Getreide-, Lebensmittel- und Industriestoffpreise folgt eine Zunahme der Diebstahlskriminalität und umgekehrt hat der Rückgang dieser Preise eine verminderte Diebstahlskriminalität zur Folge. Für eine Reihe ausländischer Staaten teilt der Verf. die wichtigsten Ergebnisse ihrer Ursachenforschungen mit. Der Untersuchung über die Einflüsse der Wirtschaftslage auf die Vermögenskriminalität folgt eine Abhandlung über den Einfluß der Wirtschaftslage auf Bettel, Landstreicherei und Gewerbsunzucht. Auch hier zeigt sich eine auffallende Abhängigkeit dieser strafbaren Handlungen von den Schwankungen der Lebensmittel- und Getreidepreise. Dagegen lehnt der Verf. die Theorie der Beeinflussung der Verbrechen und Vergehen gegen die Person durch die Preisgestaltung ab. Er untersucht ferner die Zusammenhänge zwischen der Kriminalität der Kriegs- und Nachkriegsjahre und den in dieser Zeit eingetretenen veränderten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Verhältnissen und kommt dabei auch auf die Umstände zu sprechen, auf welche die in diesen Jahren vermehrte Kriminalität der Frauen und Jugendlichen zurückzuführen ist.

Im zweiten Teil seiner Schrift befaßt sich Roesner mit der Ermittelung des Einflusses des Alkohols auf die Häufigkeit und die Erscheinungsformen der Kriminalität. Die Untersuchungen auf diesem Gebiete leiden darunter, daß im Deutschen Reiche einheitliche statistische Ermittelungen über den Zusammenhang von Verbrechen und Alkohol fehlen und daß auch im Ausland laufende Erhebungen dieser Art nur von vier Ländern, nämlich Belgien, Kanada, Estland und Ungarn durchgeführt werden. Gleichwohl konnte der Verf. eine Beeinflussung der sog. Rohheitskriminalität (Körperverletzung, Widerstand gegen die Staatsgewalt, Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung) durch den Alkoholkonsum durch Heranziehung des Kopfverbrauchs von Bier für das Deutsche Reich in den Jahren 1882—1913 statisch und graphisch nachweisen. Dieselben Ergebnisse zeigen die Untersuchungen, die in England und Wales für die Jahre 1857—1913 und in den Niederlanden für die Jahre 1901—1927 durch Vergleichung der Kurven des Branntwein- und Bierverbrauchs mit der Kriminalitätskurve gemacht worden sind.

Auch für den letzten der drei Faktoren, welche die Gestaltung der Kriminalität ausschlaggebend bestimmen, nämlich die Jahreszeit, sind die statistischen Unterlagen nur spärlich vorhanden. Trotzdem hat der Verf. auch in den monatlichen und saisonmäßigen Schwankungen der Kriminalität für das Deutsche Reich und für einige ausländische Staaten „eine ausgeprägte Gesetzmäßigkeit" nachgewiesen. So zeigt der Verlauf der Kurve einiger typischer Alkoholdelikte im Februar, dem Monat der Faschingsfeste, einen vorübergehenden und in den Sommermonaten einen stärkeren Anstieg, dem gleich darauf ein ebenso steiler Abfall folgt. Auch bei den Sexualdelikten zeigen sich die Maxima fast ausnahmslos in den Sommermonaten mit ihren die Leidenschaften erregenden hohen Temperaturen. Der saisonmäßige Rhythmus der Personenkriminalität läßt sich besonders deutlich bei der Bewegung der von dem Verf. dargestellten Kurven des Kindsmords in Deutschland, Frankreich und Polen und der Kurven der Abtreibungen in Frankreich feststellen. Eine eigene saisonmäßige Bewegung wird für das Delikt der Brandstiftung, gewisse jahreszeitliche Einflüsse werden für die beiden Kapitalverbrechen des Mords und Totschlags nachgewiesen. Den Abschluß der Betrachtungen über den saisonmäßigen Verlauf der Kriminalität bildet eine Untersuchung über den Wochenrhythmus der Roheitskriminalität, die in den größeren deutschen Städten nachweislich am Wochenende besonders stark ist.

Man muß dankend begrüßen, daß der Verf., der als Mitarbeiter an der Kriminalstatistik des Deutschen Reiches wie kaum ein anderer mit der Materie vertraut ist, sich entschlossen hat, seinen in Prag und in Berlin mit großem Beifall aufgenommenen Vortrag durch Veröffentlichung einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Schrift enthält neben wertvollen Angaben über einschlägige in- und ausländische Literatur und historischen Rückblicken interessante Einzelmitteilungen, von denen nur diejenige über die vom Statistischen Reichsamt durchgeführte vergleichende Untersuchung über das System der Kriminalstatistiken von 33 europäischen und außereuropäischen Ländern erwähnt sei (S. 11). Ihren besonderen Wert erhält die Schrift aber durch die Tatsache, daß sie die erste zusammenfassende und zugleich rechtsvergleichende Darstellung der Zusammenhänge zwischen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen einerseits und der Kriminalität andererseits ist. Sie ist nicht nur für den Statistiker und Kriminalpsychologen, sondern in erster Linie für den Kriminalisten von Interesse. Man wird dem Verf. gerne bestätigen, daß es ihm gelungen ist, durch seine Darlegungen den

Leser „von der Bedeutung und der unter den obwaltenden Zeitverhältnissen besonders notwendigen Fortführung derartiger Untersuchungen überzeugt zu haben".

AGR. Dr. Karl Doerner, Hilfsreferent im RJM., Berlin.

Dr. Fritz Corsing, Ministerialrat beim preußischen Staatsministerium: Soll die Todesstrafe Gesetz bleiben? Berlin 1930. Verlag A. Metzner. 32 S. Preis 1,20 M.

Die Schrift nennt sich einen Beitrag zur Entwicklungsgeschichte der Todesstrafe, aber mit Unrecht, denn sie enthält in ihrem entwicklungsgeschichtlichen Teil (bis S. 18) nichts, was neu wäre. Der Laie wird sich besser aus dem Schrifttum über Strafrecht und seine Geschichte belehren, wo er eine objektive Darstellung findet. Der Verf. sagt zwar in der Einleitung, die voraussetzungslose Wissenschaft habe die Pflicht, „objektiv und kühl die Argumente (für und gegen die Todesstrafe) gegeneinander abzuwägen" (S. 4), und es hat den Anschein, als ob der Verf. dabei mitwirken wolle. Wenn das zutrifft, dann dehnt der Verf. die Voraussetzungslosigkeit offenbar auf die Gegnerschaft gegen die Todesstrafe nicht aus. Wenn gesagt wird, die Todesstrafe habe „eine unendlich lange blutige Geschichte hinter sich" (S. 5) oder jedenfalls sei in China die Todesstrafe „seit Jahrtausenden gewissermaßen als tägliches Brot aller Regierungen angewendet worden" (S. 8), so finde ich die Form der Darstellung weder wissenschaftlich noch schön.

Den zweiten Abschnitt der Schrift bildet ein kurzer Überblick über die Todesstrafe in der Dichtung der Vergangenheit und Gegenwart. Daran schließt sich die Frage, was aus Geschichte und Literatur zu lernen sei. Die Antwort, die der Verf. gibt, kennt man bereits, wenn man die erste Seite der Schrift gelesen hat. Die Begründung bringt nicht nur wieder nichts Neues, sie ist vielmehr für eine Untersuchung, die sich wissenschaftlich geben will, ungewöhnlich oberflächlich. So wird die generalprävenierende Wirksamkeit der Todesstrafe wiederum mit dem Satz abgelehnt, wer einen Mord oder Totschlag begehe, sei „im allgemeinen" (?) vor der Begehung der Tat davon überzeugt, daß seine Tat nicht entdeckt und aufgeklärt werden wird. Belustigend ist es, wenn sich der Verf. angesichts der Besserungstheorie allen Ernstes zu dem Nachweis verpflichtet fühlt, daß die Todesstrafe den Hinzurichtenden nicht bessern könne (S. 28). Zum Schluß erfahren wir noch, daß der preuß. JustMin. Schmidt, nachdem er eine Hinrichtung angesehen, „in edler Menschlichkeit" erklärt hat, er sei aus einem Anhänger ein Gegner der Todesstrafe geworden, und dann wird verkündet, daß, obwohl noch einige Staaten „krampfhaft" an der Todesstrafe festhalten, ihre Tage in der zivilisierten Welt gezählt sind. Kurz, eine Propagandaschrift, die nicht zum wissenschaftlichen Schrifttum zu zählen ist.

Prof. Dr. Gleispach, Wien.

Wagemann und Dr. Delius: Waffengesetze, insbesondere das Schußwaffengesetz und das Gesetz gegen Waffenmißbrauch. Wesentlich vermehrte 2. Auflage. Berlin 1931. Verlag von Georg Stilke. Preis geb. 6 M.

Der Komm., der in der 1. Aufl. nur das SchußwG. vom 12. April 1928 enthielt, hat sich in der 2. Aufl., die von Delius bearbeitet ist, eine umfassendere Aufgabe gestellt: Das gesamte heute geltende Waffenrecht zusammenzustellen und zu erläutern. In der Tat sind in dem Buche alle sich mit dem Waffenrecht befassenden Gesetze aufgeführt. Ich hätte nur gewünscht, daß die heute noch gültige und in ihrer Auslegung umstrittene VO. des Rates der Volksbeauftragten v. 14. Dez. 1918 (RG. v. 30. Mai 1930: RGSt. 64, 203 = JW. 1931, 68; v. 9. Juli 1930: JW. 1931, 66) nicht nur S. 162 erwähnt, sondern auch im Wortlaut wiedergegeben und kurz erläutert worden wäre. Es hätte dafür die VO. der Volksbeauftragten über Waffenbesitz vom 13. Jan. 1919, die die Verf. selbst als „aufgehoben" bezeichnen, S. 180 (der zit. § 24 beruht wohl auf einem Druckfehler, es muß § 34 SchußwG. heißen), sehr wohl gestrichen werden können, da nach der übereinstimmenden Rspr. des RG. (RGSt. 63, 68 und 71) und des KG. (JW. 1929, 2768) die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 StGB. auf Zuwiderhandlungen gegen diese VO. bejaht ist, sie daher heute nicht mehr zur Anwendung kommen kann.

Das Kernstück des Komm. bildet das SchußwG., zu begrüßen ist es, daß die amtliche Begründung zu diesem Gesetz im Anhang (S. 184 ff.) im Wortlaut abgedruckt ist, gibt sie doch allein einen Anhaltspunkt für die Absichten des Gesetzgebers, da ja im RT. eine Verhandlung über dieses Gesetz nicht stattgefunden hat. Für die Praxis sehr wertvoll ist das als „Waffentabelle" beigefügte alphabetische Verzeichnis der hauptsächlich gebräuchlichen Schußwaffen unter Angabe, ob Handelserlaubnis, Waffenerwerbschein, Munitionserwerbschein und Waffenschein hierfür erforderlich ist (S. 210—214). Die S. 215 ff. weiter angefügten „Waffentechnischen Bemerkungen" bringen für den Laien wichtige Erläuterungen über „Arten der Schußwaffen", „Kaliberbezeichnung", „Patronen" und „Gewehrlauf"; wünschenswert erscheint es mir, daß bei der Besprechung der „Arten der Schußwaffen" möglichst alle gebräuchlichen Waffen besprochen werden; ich vermisse vor allem: „Zimmerstutzen", für die sich S. 34 eine Definition findet, und „Terzerole", für die auch S. 32 keine Definition gegeben ist und die S. 33 unter a als Kurzwaffen nicht mit aufgezählt sind, obwohl „Terzerol" zweifelsohne eine „Kurzwaffe" ist (Kunze, Das Waffenrecht im Dtsch. Reich S. 6 und Hoche, SchußwG., 3. Aufl., S. 42, d, Abs. 2). In den Erläuterungen zum SchußwG. sind die ergangenen Entsch. durchweg berücksichtigt; auch setzt sich der neue Bearbeiter (wo er anderer Ansicht ist als der frühere Verf. bemerkt er das ausdrücklich, Anm. S. 30 und S. 131) mit der erschienenen Literatur, insbes. mit der 3. Aufl. des grundlegenden Komm. von Hoche zum SchußwG. auseinander. Der Ansicht des Verf., daß Militärwaffen nicht unter das SchußwG. fallen (S. 31), kann in dieser allgemeinen Fassung nicht beigetreten werden (vgl. Hoche, 3. Aufl., S. 193/94); auch wenn der Verf. ausführt, daß „das Anbieten gewerblicher Leistungen, z. B. das Instandsetzen von Waffen, kein Handel" sei, infolgedessen auch kein Hausierhandel vorliegen könne, so kann dies nach der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift nicht gebilligt werden (§ 6 Abs. 1 der Reichsratsvorlage [vgl. dazu auch Hoche, 3. Aufl., S. 71/72]). Wenn der Verf. endlich in der Erläuterung zu § 21 S. 99 verlangt, daß der Jagdschein stets bei sich getragen werden müß, wenn Jagdwaffe oder Faustfeuerwaffe „geführt" werden, also auch außerhalb der Jagdausübung, so ist zuzugeben, daß de lege ferenda eine Vorschrift wünschenswert wäre, die solches vorschreibt; aus dem § 21 aber, wie er heute gilt, kann — bedauerlicherweise — diese Verpflichtung nicht gefolgert werden, und § 15 ist eben auf Jagdwaffen, für die in § 21 eine Sonderregelung getroffen ist, nicht anwendbar. Dagegen trete ich der Ansicht des Verf. bei, daß Pistolen mit Anschlagkolben Wilderergewehre i. S. des § 24 SchußwG. sind (S. 109), und zwar weil sie die typischen „Wilderergewehre" sind und der § 24, wie das in den Text aufgenommene Wort „Wilderergewehre" beweist, gerade diese treffen wollte. Wenn Hoche, 3. Aufl., S. 168, zu einer entgegengesetzten Auffassung kommt, weil bei der „Pistole mit Anschlagkolben die Pistole auch ohne den Anschlagkolben schon eine fertige Waffe ist", so scheint mir hier doch eine zu enge Wortinterpretation vorzuliegen. Daß hinsichtlich der Erläuterungen zu § 31 lediglich auf die „in der 1. Aufl. auf S. 86/87 gemachten Ausführungen" verwiesen wird, ist wohl ein Versehen des Druckers, denn es kann doch nicht jedem Besitzer der 2. Aufl. zugemutet werden, sich auch die 1. Aufl. anzuschaffen.

Den Erläuterungen zum „Gesetz gegen Waffenmißbrauch" kann ich durchweg beitreten; dagegen muß ich der Bemerkung zu § 5 der „VO. des RPräs. zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen" (S. 147) entschieden widersprechen. Der Verf. führt hier aus: „Die neue Strafvorschrift ist ziemlich überflüssig. Denn wenn jemand gegen einen anderen eine Gewalttätigkeit mit einer Schußwaffe begeht oder ihn mit einer solchen bedroht, so kann er auch nach den bisherigen Bestimmungen des StGB. (§§ 223 a, 240, 241 usw.) schon ganz ausreichend bestraft werden, da diese sämtlich zum mindesten Gefängnis bis zu 6 Monaten vorsehen." Nun droht aber § 5 der zit. VO. eine Mindeststrafe von 6 Monaten an, neben der auf Geldstrafe erkannt werden kann. Hier liegt also eine ganz erhebliche und zweifelsohne auch sehr wünschenswerte Verschärfung der bisherigen Strafvorschriften vor. Die Zusatzstrafe aber, wie sie Verf. in Anlehnung an ähnliche Vorschriften des englischen Rechtes in Ziff. 5 Abs. 2 S. 147 empfiehlt, ist bei Erlaß der Vorschrift auch erwogen worden; sie widerspricht aber unserem ganzen Strafensystem und kann darum bei uns solange nicht zur Einführung kommen, als unser heutiges Strafensystem gilt.

Reichskommissar i. e. R. Kuenzer, Berlin.

Otto Rudorff: Der Untersuchungsrichter und der Prozeß der Lotte Grell. Der Lebensroman eines Juristen. Dresden 1930. Carl Reißner Verlag. Preis geh. 4,50 M, geb. 6,50 M.

Ich bin kein Freund von Justizromanen, Justizdramen, Justizfilmen, wie sie in den letzten Jahren pilzartig aus dem Boden schossen. Literarisch häufig ziemlich wertlos, geht ihr Streben nicht dahin, dem Volke zu zeigen, wie die Rechtspflege von den dazu Berufenen geübt werden soll und erfreulicherweise in der Regel geübt wird, eine solche Schilderung würde ja keine sensationslüsternen Leser und Hörer finden und nicht geeignet sein, den Beutel des Verf. und des Verlegers zu füllen, sondern man stellt ein Zerrbild auf, in dem der Richter, wenn nicht ein Lump, so doch ein Trottel, der Staatsanwalt ein Bluthund, der Gefängnisdirektor mehr oder weniger Sadist ist. Fortgesetzt sagt man dem Volke: schaut her, so ist unsere Rechtspflege — meistens handelt es sich nur um die Strafrechtspflege —, so ist unser Strafvollzug beschaffen, und dann wundert man sich, wenn dem Volke, das solche Zerrbilder nicht etwa als bedauernswerte Ausnahmen, sondern als die Regel ansieht, das Vertrauen in die Rechtspflege verlorengeht, und spricht von einer Justizkrise. Im erfreulichsten Gegensatz zu dieser Art von Literatur steht das Buch von Rudorff. Hier schildert ein hoher

Richter — und Dichter — den „Lebensroman eines Juristen", der im Widerspruch zwischen seiner Richterpflicht und seinem menschlichen Empfinden keinen Augenblick im Zweifel darüber ist, daß er der ersteren zu folgen hat. Man kann das inhaltlich wertvolle und glänzend geschriebene Buch nicht besser kennzeichnen, als es Schiffer getan hat, wenn er dem Autor schrieb: „Ich habe mit tiefer Bewegung nachgefühlt, wie sehr Sie es verstanden haben, die so wertvolle Welt des deutschen Richters in das richtige Licht zu setzen. Sie haben der deutschen Justiz einen wichtigen Dienst geleistet." Einen — allerdings nur äußerlichen — Mangel hat das Buch, das ist der wenig geschmackvolle Umschlag, die Schuld hieran trifft aber sicherlich nicht den Verfasser.

Oberreichsanwalt a. D. Prof. Dr. Ebermayer, Leipzig.

Internationales und Auslandsrecht.

Dr. jur. Frede und Dr. jur. Rudolf Sieverts: Die Beschlüsse der Internationalen Gefängnis-Kongresse 1872—1930. Eisenach 1931. Thüringische Gefängnisgesellschaft. 139 S. Preis 3 ℳ.

Die heute im deutschen Gefängniswesen durchgeführten oder noch geplanten Reformen beruhen größtenteils auf den Forderungen der seit 1872 periodisch tagenden Internationalen Gefängniskongresse, dem Sprachrohr der Gefängnispraktiker aus der ganzen Welt. Es ist zu begrüßen, daß die rührige Thüringische Gefängnisgesellschaft im vorliegenden Band die Beschlüsse aus mehr als 50 Jahren in deutscher Sprache herausgibt. Das Werk enthält außerdem eine kurze Einleitung, die 1929 beschlossenen Grundsätze für die Behandlung der Gefangenen und ein Sachregister, das die Benutzung für historische Arbeiten sehr erleichtert. D. S.

Dr. Franz Kobler: Recht und Unrecht der Ausweisung. Wien 1931. Frisch-Verlag. 79 Seiten. Preis 2 Schilling.

Das österr. Ausweisungsrecht hat in den letzten Jahren bedeutsame Wandlungen durchgemacht. Der Verf. stellt zunächst das geltende österr. Ausweisungsrecht dar, wobei unter Ausweisung jedes behördliche Verbot des ferneren Aufenthalts in einem bestimmten Gebiet verstanden wird. Behandelt werden also sowohl straf- wie polizeirechtliche Ausweisung als auch die Verweisung aus einem Bundesland oder einer Gemeinde. Anschließend wird die Frage der Berechtigung der Ausweisung de lege ferenda erörtert und ihre Reform warmherzig befürwortet. Im Anhang sind die maßgebenden Rechtsquellen abgedruckt. D. S.

Dr. Wilhelm Gallas: Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts. (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin. Begründet von Dr. Franz v. Liszt. Herausgegeben von Dr. James Goldschmidt und Dr. Ed. Kohlrausch, Professoren an der Universität Berlin. 4. Folge. 2. Bd. 1. Heft.) Berlin 1931. Verlag Walter de Gruyter & Co. 88 Seiten.

Der Verf. der vorliegenden Schrift hat gleichzeitig in der Sammlung der außerdeutschen Strafgesetzbücher den „Ugolownyi Kodex" v. 22. Nov. 1926 in seiner heutigen Gestalt und in deutscher Übersetzung erscheinen lassen. So durfte man erwarten, daß er sich als ein gründlicher Kenner der Gesetzgebung, Literatur und Judikatur des neuen russischen Strafrechts erweisen werde; und in der Tat ist die Exegese, der er im zweiten, angewandten Teil seiner Arbeit eine Reihe grundlegender Bestimmungen des Kodex unterwirft, höchst belehrend und anregend. Aber er hat die Betrachtung ganz ausschließlich unter den einen Gesichtspunkt gerückt: welches der kriminalpolitische Standpunkt sei, den das Gesetz einnimmt, und ob es ihn in den Einzelbestimmungen konsequent durchführe? Zu diesem Behufe werden in einem ersten, grundsätzlichen Teil die Prinzipien der Vergeltung, der Spezial- und der Generalprävention bis in ihre letzten Konsequenzen verfolgt und alsdann der Kodex auf seine Übereinstimmung mit einem derselben untersucht. Dabei ergibt sich, daß er jedenfalls den Vergeltungsgedanken scharf ablehnt und ganz auf die Prävention eingestellt ist, zwischen ihren beiden Spielarten zwar grundsätzlich Parität walten, aber hinsichtlich der Strafzumessungsregeln den Gedanken der Spezialprävention prävalieren läßt und damit die konsequente Durchführung eines Prinzips verleugnet. Damit widerlegt nun aber der Verf. seine eigene an die Spitze gestellte These, wonach ein notwendiger Zusammenhang zwischen dem kriminalpolitischen Standpunkt und der Konstruktion der strafrechtlichen Grundbegriffe bestehen soll. In eigentümlicher zeitlicher Koinzidenz vertritt in seinem Werke über den Aufbau des Strafrechtssystems Zimmerl die gleiche These, nur mit dem Unterschied, daß Zimmerl die Abhängigkeit des kriminalpolitischen Programms von den Erfordernissen der Strafrechtssystematik, Gallas umgekehrt die Abhängigkeit der Systematik von dem kriminalpolitischen Ausgangspunkt beweisen möchte. Aber in beiden Fällen erweist sich eben, daß sich die Gesetze solchem „Jusquauboutismus" abhold zeigen. Und vielleicht ist das nicht einmal ihr größter Fehler.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn.

Dr. Ernst Vanselow: Völkerrecht. Einführung in die Praxis der Staaten. Berlin 1931. Verlag E. S. Mittler & Sohn. Preis 28 ℳ, geb. 32 ℳ.

Das Werk des ehemaligen Kapitäns zur See und langjährigen Bearbeiters der völkerrechtlichen Fragen im Admiralstab der Marine Dr. jur. Vanselow füllt eine schon oft schmerzlich empfundene Lücke in der heutigen Literatur des Völkerrechts aus. Allzu sehr scheidet sich bei uns noch die Schar der Theoretiker von der der Praktiker auf diesem Gebiet, das seit dem Weltkrieg für das Leben unserer Nation eine immer größere Bedeutung erlangt hat. Da ist es hoch verdienstlich, daß sich ein Mann wie Vanselow, der umfassende praktische Erfahrung mit tiefgründigem Studium verbindet, entschlossen hat, die Frucht dieser Verbindung dem deutschen Publikum darzubieten.

Wer das Buch aufmerksam durchliest, wird erstaunt sein, welche Fülle tatsächlichen Materials auf den 640 Seiten des Bandes wiedergegeben und bearbeitet ist. Dabei wird noch ein erheblicher Teil dieser Seitenzahl von den Anlagen in Anspruch genommen, die der Verf. seiner systematischen Arbeit beigefügt hat. Eine solche Verdichtung des Stoffs ist nur bei strengster Ordnung möglich geworden. In der Systematisierung beweist der Verf., ohne in Originalitätssucht zu verfallen, große Selbständigkeit des Denkens. Er gliedert den Stoff in drei Teile: der erste handelt von den Voraussetzungen für Völkerrecht und von den Grundlagen des völkerrechtlichen Verkehrs (er könnte als allgemeiner Teil des Lehrbuchs bezeichnet werden); der zweite betrifft das Völkerrecht in Friedenszeiten, der dritte das Völkerrecht in Kriegszeiten. Der erste Teil handelt, nach einer kurzen Einführung, von den staatsrechtlichen Voraussetzungen für den völkerrechtlichen Verkehr (Staatshoheit, Staatsvolk, Staatsorgane) von seiner Technik (Verträge, Courtoisie, Zweckverbände, Kommissionen und Büros), den aus ihm entstehenden Streitigkeiten und ihrer friedlichen Beilegung, insbes. dem Schiedswesen, sowie von der Selbsthilfe; der zweite Teil behandelt ausführlich alle Probleme der Gebietshoheit und ihrer Beschränkung (insbes. auch durch Kollektivverträge des Weltverkehrs), kürzer die Personalhoheit und den Hoheitswechsel, interessant die völkerrechtliche Ordnung in hoheitsfreien Gebieten. Ein Abschnitt über vertragliche Rüstungsbeschränkung führt zum dritten Teil hinüber. Ohne die großen Verdienste bestreiten zu wollen, die der Verf. sich auch in der Behandlung des ersten und zweiten Teils erworben hat, möchte ich doch in der Durchführung des dritten Teils den Hauptwert des Buches erkennen. Hier ist fast jeder Satz durch praktische Beispiele belegt, die nur durch die persönliche Erfahrung des Verf. und seine Beherrschung der amtlichen Akten, Erlasse und Verfügungen gewonnen werden konnten. Dieser Teil wird künftig für die Praxis des Seeoffiziers wie jedes Interessenten am Seeverkehr in Kriegszeiten ein unentbehrliches Handbuch bleiben. Selbst wenn man nach dem Kelloggpakt den Seekrieg zwischen zwei Mächten für unwahrscheinlich hält, wird doch mit der gewaltsamen Durchführung von völkerrechtlich anerkannten Ansprüchen gegen einen schuldig erklärten, aber widerspenstigen Staat gerechnet werden müssen, und für eine solche Exekution bleiben Seekriegsmaßnahmen das nächstliegende Mittel. Hier gibt Vanselow die Grundlagen für jede künftige Praxis.

Der realistische Blick des früheren hohen Seeoffiziers läßt sich niemals verkennen. Er scheint den Verf. — und das ist wohl der einzige wesentliche Punkt, in dem sich meine Auffassung von der seinigen unterscheidet — zu einer skeptischen Einstellung gegenüber dem Völkerrechtsgedanken überhaupt zu führen. Er erkennt übernationales Recht nur insoweit an, als es von dem jeweils handelnden Staat selbst anerkannt worden ist, nicht aber als eine überstaatliche Normengruppe. Diese Einstellung halte ich für verfehlt. Seit es einen friedlichen und kriegerischen Staatenverkehr gibt, hat die Staatengemeinschaft das Verhalten ihrer Glieder stets an Normen gemessen, die von deren eigener Rechtsbehauptung unabhängig waren, also überstaatlichen Ursprung haben mußten. Diese Normen sind noch in keinem Gesetzbuch zu finden; sie sind werdendes Recht. Aber welches nationale Recht ist nicht im Grunde gleichfalls im Werden begriffen?

Reichsgerichtspräsident i. R. Prof. D. Dr. Simons, Berlin.

Rechtsprechung.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

1. §§ 254, 426 BGB. **Haben zwei Personen durch Unterlassung einer Fürsorge für Dritte einen Schaden verursacht, so ist für die Beurteilung der Ausgleichspflicht zwischen ihnen als Gesamtschuldnern die Tatsache beachtlich, daß der Eine dem Anderen gegenüber die Verpflichtung zu solcher Fürsorge übernommen hatte.** †)

Die Firma Hotel R.-Hof, BetriebsGmbH. in Köln, die dort das Restaurant und Kaffeehaus R.-Hof betreibt, war bei der Kl. gegen Haftpflicht versichert und diese hatte demzufolge für den Schadensersatz aus einem Unfall einstehen müssen, den der Kaufmann H. am 11. Nov. 1926 erlitten hat, als er das Lokal durch die Drehtür nach der Straße zu verlassen hatte; er stürzte in einen Bierschacht, in den der Bekl. durch seine Leute Bierfässer für die R.-Hof GmbH. abladen ließ.

Die Kl. hielt den Bekl. für den Unfall für mitverantwortlich, weil er weder für die Sicherheit der den Hof verlassenden Gäste gesorgt, noch sich davon überzeugt habe, daß die R.-Hof GmbH. das selbst tue; bei dem Verschulden des Bekl. sei sie berechtigt, rückgreifend den Bekl. für die Hälfte der gezahlten und noch zu zahlenden Beträge in Anspruch zu nehmen. Das OLG. gab der entsprechend erhobenen Klage statt. Die Rev. führte zur Aufhebung des Urteils.

Das OLG. erblickt eine Fahrlässigkeit des Bekl., die die Verletzung des H. zur Folge hatte, darin, daß er nicht für die Sicherheit der Gäste des R.-Hofs dadurch sorgte, indem er weder an der Drehtür des Restaurants einen eigenen Mann aufstellte noch dafür sorgte, daß die R.-Hof GmbH. eine entsprechende Maßregel ergriff; es genüge nicht, daß der Bekl. im Restaurant solche Maßregel der R.-Hof GmbH. erbeten und sich darauf verlassen habe, die R.-Hofverwaltung werde schon das zum Schutze ihrer Gäste Erforderliche wie in früheren Fällen veranlassen.

Vergeblich versucht die Rev. diese Ausführungen als rechtsirrig zu beanstanden. Sie geht davon aus, daß die Kl. dem Bekl. zum Vorwurf mache, eigenmächtig den Bierschacht geöffnet und nicht gewartet zu haben, bis die zum Schutz des Publikums sonst von der R.-Hof GmbH. stets gestellte Person zur Stelle war. Der erste Vorwurf komme nicht in Frage, weil das OLG. nicht feststellte, daß der Bekl. den Schacht geöffnet habe. Auch der zweite Vorwurf treffe nicht zu, weil der Bekl. sich darauf habe verlassen können, daß die GmbH. für die Sicherheit der Gäste an der Drehtür sorge. Aber gerade darin erblickt das OLG. mit Recht eine Fahrlässigkeit des Bekl. Es ist nicht festgestellt, wer den Schacht geöffnet hat, wohl aber stellt das OLG. auf Grund der Beweisaufnahme fest: hätte der Bekl. nicht mit dem Abladen der Bierfässer begonnen, so wäre zu der Zeit, als der Unfall sich ereignete, der Bierschacht **nicht mehr** offen gewesen. Man kann auch nicht etwa annehmen, daß der Bekl. aus dem Offensein des Schachtes folgern konnte, der Eingang an der Drehtür sei bereits gesichert. Denn nach der eigenen Darstellung des Bekl. erschien der Kohlensäurelieferant erst, nachdem der Bekl. sich bereits im R.-Hof gemeldet hatte. Aus der Tatsache, daß dieser Lieferant mit Abladen begann, folgt überhaupt nichts, falls dieser nicht den Keller geöffnet und damit die Verantwortung für das Offenstehen des Schachtes übernommen hatte. Aber auch wenn das der Fall war, so konnte daraus mit Recht vom OLG. der Schluß abgelehnt werden, daß nun auch der Bekl., ohne fahrlässig zu handeln, während seiner Abladetätigkeit nichts zum Schutz der R.-Hof-Gäste hätte zu unternehmen brauchen. Nichts war dafür erwiesen, daß der Kohlensäurelieferant erst nach Sicherung der Passanten der Drehtür des R.-Hof-Restaurants mit Abladen begonnen hatte. Deshalb genügt diese Tatsache allein nicht, um den Bekl. von dem Vorwurf der Fahrlässigkeit zu entlasten. Die damit übereinstimmenden Ausführungen des BG. lassen nirgends einen Rechtsirrtum erkennen.

Dagegen beanstandet die Rev. mit Recht die kurzen Ausführungen des BG. über die Ausgleichspflicht zwischen der R.-Hof GmbH. und dem Bekl., in denen nur gesagt ist, daß das Verschulden dieser beiden Haftpflichtigen gleich zu werten sei, weil nach der ganzen Sachlage kein Anlaß zu einer anderen Verteilung der Ausgleichspflicht zu finden sei. Aus diesen Ausführungen ergibt sich zwar, daß das BG. sich bewußt war, daß eine Abweichung von der Regel des § 426 BGB. zulässig sei, wenn nach der allgemeinen Regel des § 254 BGB. angenommen werden müsse, daß der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden sei. Es hätte eben erwogen werden müssen, ob nicht derartige Umstände behauptet seien, bejahendenfalls hätte dazu Stellung genommen werden müssen. Der Bekl. hatte behauptet und das OLG. hat in anderem Zusammenhang unterstellt, daß die R.-Hof GmbH. dem Bekl. gegenüber durch ständige Übung die Verpflichtung übernommen hatte, für die Sicherheit der Hotelgäste nach Anzeige des Bekl. zu sorgen. Das würde, wie das OLG. mit Recht sagt, die Schadensersatzpflicht des Bekl. dem Verletzten gegenüber nicht beseitigen; es ist aber ein Umstand, der bei Beurteilung der Ausgleichspflicht nach § 254 BGB. nicht außer Betracht bleiben darf. Trotzdem hat das OLG. zu dieser Frage nicht Stellung genommen, obwohl mit der naheliegenden Möglichkeit zu rechnen ist, daß das OLG. bei Beachtung des Vorbringens des Bekl., dessen Richtigkeit unterstellt, zu einer anderen Verteilung des Verschuldens und damit zu einer anderen Beurteilung der Ausgleichspflicht gekommen wäre.

Das angef. Urteil muß daher aufgehoben werden, damit das OLG. die Frage der Ausgleichspflicht, nötigenfalls nach Erhebung der erforderlichen Beweise, erneut prüft. Dabei wird es sich empfehlen, die tatsächlichen Vorgänge bei der Entstehung des Schadens im Anschluß an die Parteibehauptungen genauer klarzustellen. Es dürfte beachtlich sein, ob der Bekl. oder eine andere Person den Deckel des Schachtes geöffnet hat, welche Zeit von der Anmeldung des Bekl. bis zum Beginn seiner Arbeit verstrichen ist, welche Umstände überhaupt für die Annahme des Bekl. sprachen, die R.-Hof GmbH. habe inzwischen alles getan, um ihre Gäste vor Schaden durch das Öffnen des Schachtes zu schützen, sowie auf welche Weise sich der Bekl. von den vollzogenen Sicherheitsmaßnahmen der Kl. überzeugen konnte.

(U. v. 24. Juni 1931; 123/31 IX. — Köln.) [H.]

Zu 1. Die grundsätzlichen Erwägungen des Urteils scheinen mir durchaus zutreffend. Auch wenn zwei Personen nach außen als Gesamtschuldner schadensersatzpflichtig sind, einerlei ob aus Verletzung von Vertragspflichten oder aus unerlaubter Handlung, kann die Haftung im Innenverhältnis verschieden stark sein. Dazu ist nicht nötig, daß eine besondere vertragliche Innenbeziehung zwischen ihnen besteht; die Worte im maßgebenden § 426 „soweit nicht ein anderes bestimmt ist" dürfen nicht in der Art gepreßt werden, daß die „Bestimmung" gerade durch Vertrag oder gesetzliche Sondervorschrift vollzogen sein muß. Es kommt einfach, wie in dem zutreffend herangezogenen § 254, darauf an, ob nicht bei Entstehung des Schadens dem einen der Ersatzpflichtigen ein überwiegender Anteil, sei es an der Verursachung des Schadens, sei es am Verschulden zur Last zu legen ist. Und ein solcher überwiegender Anteil kann sehr wohl darauf beruhen, daß der eine durch „ständige Übung" in dem anderen die Vorstellung erweckt hatte, er werde für die Sicherheit der möglicherweise gefährdeten Personen sorgen. Mit Recht wird daher dem OLG. eine dahingehende Prüfung auferlegt.

Geh. JR. Prof. Dr. P. Oertmann, Göttingen.

2. §§ 823, 859 BGB.

Wer in Ausübung an sich erlaubter Selbsthilfe einen Menschen, der sich in einer die Gefahr des Stürzens naheliegenden Stellung befindet, zurückstößt, wo ein Wegdrängen oder gar schon eine ausdrückliche Aufforderung genügen würde, handelt schuldhaft.†)

Der Kl. und zwei Bekannte wollten in der Nacht zum 21. Nov. 1928 noch nach der Polizeistunde die Gastwirtschaft des Bekl. besuchen, wurden von ihm aber abgewiesen. Der Kl. stieg nun unter einem offenen Fenster der Gaststube mit Hilfe eines seiner Begleiter auf ein Gesimse, das sich etwa 1 m über dem Erdboden unter dem Fenster entlang zog. Sein Begleiter stützte ihn von unten, während er selbst sich mit den Armen auf die äußere Fensterbank stützte. In dieser Stellung erhielt er von dem Bekl. aus dem geöffneten Fenster heraus einen Schlag oder Stoß vor die Brust, stürzte rücklings zur Erde und erlitt durch das Aufschlagen auf den Boden eine schwere Stauchung der Wirbelsäule mit Blutungen im Rückenmark.

Seine Schadensklage wurde in der VorInst. abgewiesen. Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Das BG. sieht als erwiesen an, daß der Bekl., als er den Oberkörper des Kl. vor dem Fenster sah, sich bewußt gewesen sei, es handle sich nicht um einen Dieb, sondern um einen der Leute, die noch bei ihm einkehren wollten. Ohne Rechtsirrtum nimmt es an: Der Bekl. sei befugt gewesen, den Kl. aus seiner Stellung vor dem offenen Fenster, durch das er hätte in die Gaststube hineinsteigen können, mit körperlicher Gewalt wegzudrängen, und andererseits habe der Kl., als der Bekl. ihn und seine Begleiter abgewiesen hatte, kein Recht gehabt, auf das Gesims zu steigen, auch wenn er nicht durch das Fenster habe hineinsteigen, sondern nur habe hineinsehen wollen. Das Hinaufsteigen und Sichhineinlehnen sei verbotene Eigenmacht gewesen und der Bekl. sei deshalb nach § 859 BGB. befugt gewesen, sich ihrer mit Gewalt zu erwehren. Ob der Bekl. vor Anwendung jeglicher Gewalt nicht zunächst den Kl. zum Hinabsteigen von dem Gesims hätte auffordern müssen, kann dahingestellt bleiben. Rechtsirrig ist jedenfalls die Ansicht des BG., der Bekl. habe bei Anwendung der ihm erlaubten Gewalt das erforderliche Maß nicht überschritten. Die Selbsthilfe darf niemals weitergehen, als nötig ist, um den gegenwärtigen, sich als Eigenmacht darstellenden Angriff abzuwehren. Sonst wird die Handlung selbst zu einer widerrechtlichen (vgl. RGRKomm. § 859 Anm. 2 und die dort angezogenen Entsch. RG. 34, 250 und RG.: JW. 1903 Beil. S. 134). Daß ein Wegdrängen, wie das BG. sagt, vermutlich dieselben Folgen gehabt hätte, ist nicht als durch irgendwelche Tatsachen bewiesen angesehen, sondern offenbar als allgemeiner Erfahrungssatz aufgestellt worden. Dieser Satz ist aber nicht richtig. Wer weggedrängt wird, schnellt sich in der Regel, wenn er sich nicht mehr halten kann, mit den Füßen zurück, so daß er zuerst mit den Füßen auf den Boden kommt. Mit Recht weist auch die Rev. daraufhin, daß der Bekl., wenn er mit der Absicht des Einsteigens gerechnet hätte, zur Verhinderung dieses Vorhabens nur das Fenster hätte zu schließen brauchen. Es sind aber auch keine Gründe dafür ersichtlich, jedenfalls vom BG. nicht festgestellt, daß nicht auch schon eine nachdrückliche Aufforderung genügt hätte, den Kl. zum Verlassen des Fensters zu bestimmen.

Das BG. läßt, weil es annimmt, daß der Bekl. das zulässige Maß der Abwehr nicht überschritten habe, dahingestellt, ob der Bekl. damit hätte rechnen müssen, daß der Stoß einen so gefährlichen Sturz herbeiführen werde, wie er eingetreten sei. Darauf, ob der Bekl. gerade die eingetretene Art und Schwere der Verletzung, die der Kl. erlitten hat, hätte voraussehen können und müssen, kommt es nicht an. Es genügt, daß er — und das kann nach Lage des Falles nicht zweifelhaft sein — mit der Möglichkeit rechnen mußte, der Kl. werde rücklings zu Boden stürzen und sich ernstlich verletzen.

Das BG. meint, selbst wenn anzunehmen wäre, daß der Bekl. die Grenzen seiner Abwehrbefugnisse überschritten habe, so sei diese Überschreitung wohl auch rechtswidrig, aber doch jedenfalls nicht schuldhaft gewesen. Denn der Bekl. habe nach der Überzeugung des Gerichts damit gerechnet, daß der Kl. in die Gaststube einsteigen wolle, und deshalb sei es nicht schuldhaft gewesen, wenn der Bekl. in offenbarer Überraschung und wohl auch Erregung der Gestalt im Fenster ohne lange Überlegung gleich einen Stoß gegeben habe. Auch das kann nicht als richtig anerkannt werden. Denn nach allgemeiner Lebenserfahrung ist es für einen im Zimmer stehenden Mann sehr leicht, jemanden abzuwehren, der aus einer Stellung heraus, wie sie der Kl. hatte, Miene macht, in ein Fenster hineinzuklettern. Von einer derartigen Überraschung, daß sie den Bekl. aus aller Fassung hätte bringen können, ist nichts festgestellt worden. Und wenn der Bekl. beim Anblick des Kl. in Erregung geraten ist, so schließt das sein Verschulden nicht aus.

Als Hilfsgrund für die Abweisung der Klage führt das BG. schließlich an, selbst wenn man das Verhalten des Bekl. als rechtswidrig und fahrlässig ansehen wollte, so treffe doch den Kl. ein so überwiegendes Mitverschulden, daß deshalb eine Haftung des Bekl. für die Unfallsfolgen entfallen müsse. Es nimmt auf Grund der Beweisaufnahme an, daß der Kl. und seine Begleiter mindestens erheblich angetrunken gewesen seien. Soweit die Rev. diese letzte Annahme als unrichtig und nicht hinreichend begründet bekämpft, greift sie nur die Beweiswürdigung des BG. an, deren Nachprüfung dem RevG. versagt ist; ein Prozeßverstoß bei der Verwertung dieser Beweisaufnahme ist nicht ersichtlich. Die Rev. meint, die Annahme einer groben Fahrlässigkeit des Kl. sei rechtsirrig, denn das Hineinsehen in die Gaststube eines ihm gut bekannten Wirtes sei ein harmloses Beginnen gewesen, bei dem er nicht mit der Anwendung roher Gewalt habe rechnen können. Aber wenn auch der Rev. zuzugeben ist, daß der Kl. nicht damit zu rechnen brauchte, der Bekl. werde in der geschehenen Weise vorgehen, so ließ der Kl. doch die im Verkehr gebotene Sorgfalt schon dadurch außer acht, daß er in angetrunkenem Zustande in nächtlicher Stunde auf das Gesims des fremden Hauses stieg, um in die ihm versperrte Gaststube hineinzusehen. Mit der Möglichkeit, daß dabei — mit oder ohne

---

Zu 2. Die systematische Stellung der Besitzwehr, insbes. ihr Verhältnis zur Notwehr, ist in der Lehre umstritten. Die Frage ist für die Entsch. ohne unmittelbare Bedeutung, da es anerkannte Rspr. ist, daß auch die Befugnis des § 859 Abs. 1 BGB. nur in den Grenzen des Notwehrrechtes ausgeübt werden darf, wenn dies auch im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt ist.

Bei der Beurteilung des Falles ist zweierlei scharf zu scheiden, was in den Urteilsgründen nicht genügend auseinandergehalten wird:

1. ob die Voraussetzungen der Besitzwehr tatsächlich (objektiv) vorliegen; bejahendenfalls ist die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen und es entfällt jede Haftung;

2. im Falle der Verneinung der Besitzwehr, ob die Überschreitung der Besitzwehr dem Täter zum Verschulden zuzurechnen ist. Für die Rechtswidrigkeit kommt es allein auf die wirkliche Sachlage, für die Schuld dagegen auch auf die Meinung des Täters über diese an.

Zutreffend geht das RG. davon aus, daß die Besitzwehr das erforderliche Maß nicht überschreiten dürfe. Das RG. greift aber außerordentlich weit in das Gebiet tatrichterlicher Würdigung ein, wenn es selbst feststellt, daß dieses Maß hier überschritten sei. Wenn das BG. bei seiner gegenteiligen Feststellung mildere, von den Parteien geltend gemachte Abwehrmöglichkeiten nicht gewürdigt hatte, so konnte das zu einer Aufhebung dieser Feststellung wegen Rechtsirrtums führen. Ob aber diese anderen Möglichkeiten tatsächlich bestanden, konnte nur der Tatrichter feststellen; das RevG. war dazu auch nicht mittels eines „allgemeinen Erfahrungssatzes“, zumal er nur „in der Regel“ gelten soll, in der Lage.

Bedenken erregen aber auch die Ausführungen, die das Urteil zur Schuldfrage macht. Es ist zum mindesten mißverständlich, wenn gesagt wird, daß zur Annahme einer vorsätzlichen Handlung das Bewußtsein der Möglichkeit einer Verletzung und die Billigung dieses Erfolges für den Fall seines Eintritts genügen würde. Wer in einer Besitzwehrlage einen andern verletzt, handelt, sofern die Voraussetzungen im übrigen gegeben sind, nur vorsätzlich, wenn er dies in bewußter Überschreitung seiner Abwehrbefugnisse tut. Verkennt er die Sachlage und hat er infolgedessen dieses Bewußtsein nicht, so handelt er fahrlässig, wenn, wie es § 59 StGB. ausdrückt, die Unkenntnis durch Fahrlässigkeit verschuldet ist, m. a. W. wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Sachlage erkannt hätte. Bei Entscheidung dieser Frage ist aber Überraschung und unverschuldete Erregung nicht außer acht zu lassen (gut hierüber RGSt. 58, 27). Auch kommt es nicht darauf an, ob nach allgemeiner Lebenserfahrung ein im Zimmer stehender Mann einen zum Fenster hineinkletternden leicht abwehren kann, sondern ob sich der Bekl. dieser Möglichkeit bewußt war oder bewußt sein mußte. Bei alledem ist auch die Länge der Zeitspanne, die dem Bekl. zur Überlegung zur Verfügung stand, zu berücksichtigen.

Prof. Dr. v. Weber, Jena.

Eingreifen des Bekl. — ein Unfall entstehen könne, mußte er rechnen. Es ist daher nicht rechtsirrig, wenn das BG. ein mitwirkendes Verschulden des Kl. angenommen hat. Ob seine Fahrlässigkeit als grobes oder als gewöhnliches Verschulden bezeichnet ist, ist rechtlich unerheblich, da in beiden Fällen die Verantwortlichkeit des Kl. grundsätzlich die gleiche ist. In beiden Fällen hatte der Tatrichter nach § 254 BGB. zu prüfen, in welchem Maße das schuldhafte Verhalten des einen oder des anderen Teiles zu der Entstehung des Unfalls beigetragen hat und hatte weiter die sonstigen gesamten Umstände des Falles zu berücksichtigen und dabei insbes. die Frage zu prüfen, welchem Teile bei der Verursachung des Schadens das stärkere Verschulden zur Last fällt. Die Verteilung der Verantwortlichkeit im Rahmen des § 254 BGB. gehört grundsätzlich dem Gebiet der tatsächlichen Würdigung an und ist deshalb im allgemeinen der Nachprüfung des RevG. entzogen. Aber im vorliegenden Fall ist zum mindesten der Verdacht begründet, daß das BG. auch in seiner Hilfsbegründung bei der Verteilung der Verantwortlichkeit von seiner rechtsirrigen Ansicht, daß den Bekl. überhaupt kein Verschulden treffe, beeinflußt worden ist. Welches Maß von Verschulden dem Bekl., wenn die Verneinung seines Verschuldens sich als rechtsirrig erweist, zur Last zu legen ist, und in welchem Grade dieses Verschulden für die Entstehung des Unfalls ursächlich gewesen ist, ist nicht erörtert worden und muß von dem Tatrichter geprüft werden. Dabei muß auch die von dem BG. völlig übergangene Behauptung des Kl. gewürdigt werden, daß der Bekl. ein gewalttätiger Mann sei und den Kl. vorsätzlich, mit dem Willen, ihn zu verletzen, von dem Gesims heruntergestoßen habe. Hierbei würde es zur Annahme einer vorsätzlichen Handlung schon genügen, wenn nur festgestellt würde, daß der Bekl. den bedingten Vorsatz (dolus eventualis) gehabt habe, d. h., in dem Bewußtsein gehandelt habe, seine Handlung könne den Kl. verletzen, und daß er diesen möglichen Erfolg für den Fall seines Eintritts in seinen Willen aufgenommen und gebilligt hat, indem er die vorausgesehenen Folgen vorsätzlich unbeachtet gelassen hat.

(U. v. 16. Mai 1931; IX 59/31. — Breslau.) [H.]

3. Art. 131 RVerf.; §§ 284, 285 StGB. **Ist Ekarté ein verbotenes Glücksspiel? Verneinung eines Verschuldens des Polizeipräsidenten und Ministers bei Schließung eines Spielklubs trotz später vom OVG. erfolgter Außerkraftsetzung dieser Maßnahme.†)**

Der Kl. betrieb in Frankfurt a. M. einen Spielklub, in welchem Ekarté mit Chouette ohne Anlegen des Königs gespielt wurde. Auf Anweisung des preuß. Ministers des Innern ordnete der Polizeipräsident in Fr. durch Vfg. vom 30. Nov. 1927 unter Androhung zwangsweiser Schließung des Klubs die Einstellung des Spielbetriebs an. Der Kl. folgte dieser Weisung und schloß seinen Klub, erhob aber im Verwaltungsstreitverfahren gegen den Polizeipräsidenten Klage auf Aufhebung seiner Verfügung. Der Bezirksausschuß wies die Klage ab, das OVG. gab ihr statt und setzte die Vfg. des Polizeipräsidenten außer Kraft. Nunmehr verlangt der Kl. vom verklagten preuß. Staat Ersatz des ihm durch die Schließung des Klubs entstandenen Schadens. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Unstreitig hing die Rechtmäßigkeit der Vfg. des Polizeipräsidenten v. 30. Nov. 1927 davon ab, ob das Ekarté so, wie es in dem vom Kl. betriebenen Spielklub gespielt wurde, ein strafbares Glücksspiel i. S. der §§ 284, 285 StGB. war. In Übereinstimmung mit dem OVG. hat das BG. diese Frage verneint. Insoweit beschwert das BU. den Kl. nicht. Es hat aber gleichwohl eine Haftung des Bekl. für den dem Kl. durch die Schließung seines Klubs entstandenen Schadens abgelehnt, weil weder den Minister des Innern noch den Polizeipräsidenten ein Verschulden treffe. Die gegen diese Annahme gerichteten Angriffe der Rev. sind nicht gerechtfertigt. Es bedarf keiner allgemeinen Erörterung darüber, ob und inwieweit Verwaltungsbehörden, insbes. die die höchste Verwaltungsinstanz bildenden Minister, verpflichtet sind, bei der Beurteilung von Rechtsfragen den Entscheidungen höchster Gerichtshöfe zu folgen. Denn ein Rechtssatz des von der Rev. behaupteten Inhalts, das Ekarté könne nur bei ganz besonderen Umständen als verbotenes Glücksspiel angesehen werden, ist in der Rspr. nicht aufgestellt worden, auch nicht in der des RG. Dessen Strafsenate haben es vielmehr stets für eine vom Tatrichter zu entscheidende Frage erklärt, ob Ekarté nach der Art und Weise, in welcher es im einzelnen Fall gespielt werde, als ein Spiel aufzufassen sei, bei dem die Entsch. über Gewinn und Verlust hauptsächlich vom Zufall oder vom Geschick der Spieler abhänge. Von diesem Gesichtspunkt aus haben sie es lediglich für nicht rechtsirrig erachtet, wenn unter gewissen Voraussetzungen die Tatsacheninstanz ein Überwiegen der Fähigkeiten der Spieler angenommen und deshalb den Glücksspielcharakter des Ekarté in dem zur Entscheidung stehenden Einzelfall verneint hatte. Der Minister hat sich also mit dieser höchstrichterlichen Rspr. nicht in Widerspruch gesetzt, wenn er auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Erfahrungen, welche die Polizeibehörden im ganzen Lande Preußen gesammelt hatten, zur Überzeugung gelangt war, daß das in den Spielklubs gespielte Ekarté tatsächlich regelmäßig als Glücksspiel anzusehen sei. Daß er zu dieser Anschauung unter Verletzung der von ihm zu beobachtenden Sorgfalt und unter Überschreitung seines pflichtmäßigen Ermessens gelangt sei, ist nicht ersichtlich. Von diesem von ihm ohne Verschulden eingenommenen Standpunkt aus konnte der Minister des Innern unter Abstand-

Zu 3. Dieses Urteil könnte zu tiefgreifenden Erwägungen staatsrechtlicher Natur Anlaß geben. Denn im Mittelpunkte der Probleme steht hier die Frage, ob die Verwaltungsbehörden — und wie weit — an höchstrichterliche Auffassungen und Präjudizien gebunden sind. Man denkt an Montesquieu und die Teilung der Gewalten, und wird zu fragen haben, in welchem Verhältnis (z. B. dem Glücksspiel gegenüber) die Auffassung der Verwaltungsbehörde zu der der Justiz steht; beide unterstehen ja der Gesetzgebung als der dritten (und übergeordneten) und sind beide berufen und in der Lage, die Rechtssätze der Gesetzgebung auszulegen. Es wird sich als rechtspolitische Frage darstellen, ob immer und in jeder Lage die Auslegung der Justiz derjenigen der Verwaltung vorzugehen habe. In vielen Fällen wird dies der Fall sein müssen, schon im Interesse der Rechtssicherheit des Staatsbürgers gegenüber der Verwaltung, im Interesse der differenzierenden Gerechtigkeit gegenüber der Bürokratie. Das RG. hätte vor nicht langer Zeit schon einmal Gelegenheit gehabt, diese Frage etwas ins Grundsätzliche gehend anzupacken. In RG. 126, 253 handelte es sich auch um Staatshaftung wegen „Amtspflichtverletzung" bei der Unterbringung einer als geisteskrank eingelieferten Frau in eine staatliche Irrenanstalt. Dort wurde die Klage des Ehemannes hauptsächlich deshalb abgewiesen, weil ihm die Aktivlegitimation mangele und die bezüglich der Ehefrau geschehene Handlung ihn nicht unmittelbar berühre. Durch diese Nebenfrage kam man um die Hauptfrage herum, die den Schadensersatzanspruch wegen (angeblicher) Amtspflichtverletzung betraf. In dem obigen Urteil nun ist der Ausweg dort gefunden worden, wo die Zweifelhaftigkeit des Glücksspielcharakters des Ecarté liegt. Man kann sich auch hier auf den Standpunkt stellen, daß die Rechtssicherheit für den Staatsbürger es verlangt, von der Behörde nicht behindert zu werden, wenn er — wie das OVG. nachträglich festgestellt hat — sich nicht gegen die Gesetze vergangen hat. Da ein Schadenersatzanspruch ja zwar vorwiegend, aber doch nicht grundsätzlich immer (vgl. Oertmann: HdR. V, 259/60) subjektives Verschulden als Grund voraussetzt, so erscheint es auch nicht vollkommen schlüssig, wenn das RG. seinen Urteilsspruch lediglich auf das „Verschulden" der Behörde bzw. des Beamten abstellt. Die Dinge sind also weit davon entfernt, völlig geklärt zu sein, und auch dieses Urteil hat die Klärung dieser schwierigen Fragen, zu denen der Streitfall Anlaß geben konnte, nicht versucht. Der innere Grund des Spruches scheint mir aber diese — zwar nicht ausgesprochene, aber latent vorhandene — Erwägung gewesen zu sein: Wer einen Spielklub unterhält, begibt sich von vornherein in die gefährlichen Gebiete, wo Glücksspiel und dessen Strafbarkeit zu Hause sind. Selbst wenn er versucht, sich diesseits der Grenze der Strafbarkeit zu halten, so spielt er doch mit dem Feuer und übernimmt dadurch von vornherein ein größeres Risiko. Er hat damit zu rechnen, daß ihm die Behörde, die pflichtgemäß über die Achtung der Gesetze zu wachen hat, Schwierigkeiten bereitet. In den Umkreis dieser Gesichtspunkte gehört ganz unmittelbar die in dem RGUrteil betonte Tatsache, daß Ecarté sowohl als Glücksspiel wie als „Geschicklichkeits"-Kartenspiel gespielt werden kann. Daß diese Grenzen in Spielklubs nicht immer so eingehalten werden, daß die Glücksspieleigenschaft klar auszuschließen ist, liegt auf der Hand. So sehr also der Staatsbürger einen Anspruch auf Rechtssicherheit hat, von Behörden nicht grundlos behindert und geschädigt zu werden, so sehr muß doch, wer sich in Grenzgebiete der Strafbarkeit berufsmäßig begibt, mit erhöhtem Risiko — auch prophylaktischer Natur — rechnen.

Dr. Alexander Elster, Berlin.

nahme von denkbarer Weise in Betracht kommenden milderen Maßnahmen die Schließung sämtlicher Ekarté-Spielklubs in Preußen anordnen, zumal wenn er auf Vorstellung des einzelnen Inhabers eines solchen Klubs in eine Nachprüfung eintrat, ob das in dessen Klub gespielte Ekarté auch wirklich ein Glücksspiel gewesen war. Diese Nachprüfung hat nach den Feststellungen des BerR. für den Spielbetrieb des Kl. stattgefunden, und zwar auf Grund von dessen eigenen, von der örtlichen Polizeibehörde bestätigten Angaben. Sie haben indessen dem Minister keine Veranlassung gegeben, die gegen den Kl. ergangene polizeiliche Verfügung aufzuheben. Ein schuldhaftes Verlangen des Ministers bei dieser Aufrechterhaltung des Verbots hat das BG. gleichfalls ohne erkennbaren Rechtsirrtum für nicht dargetan erachtet. Die den Standpunkt des Ministers späterhin mißbilligende Entscheidung des OVG. genügt zum Nachweis eines ihn treffenden Verschuldens nicht. Ihm kann überhaupt nicht ohne weiteres daraus ein Vorwurf gemacht werden, daß er geglaubt hat, im öffentlichen Interesse eine strengere, rechtlich nicht ohne weiteres unhaltbare Auffassung vertreten zu müssen. Beim Fehlen bestimmter Anhaltspunkte für ein nicht sorgfältiges Vorgehen des Ministers kann auch dahingestellt bleiben, ob er sich zu seiner Entschuldigung auf die Entsch. des Bezirksausschusses berufen könnte, welches Gericht seinen Standpunkt geteilt hat.

Ein Verschulden des Polizeipräsidenten hat das BG. zutreffend deshalb verneint, weil er lediglich der für ihn bindenden Anweisung des ihm vorgeordneten Ministers nachgekommen ist. Die Rev. meint demgegenüber, der Polizeipräsident habe nach Empfang der Anweisung dem Minister zunächst über die Sachlage berichten und abwarten müssen, ob dieser nicht daraufhin von der Schließung des Klubs des Kl. absehen werde. Dieser Revisionsangriff scheitert schon daran, daß er in dem vorinstanzlichen tatsächlichen Vorbringen des Kl. keine Stütze findet. Dort ist insbes. nicht behauptet worden, daß sich die Dinge durch solche Gegenvorstellung des Polizeipräsidenten anders gestaltet haben würden.

Auch die Anwendbarkeit der §§ 74, 75 Einl. z. ALR. haben die Vorinstanzen mit rechtlich bedenkenfreier Begründung abgelehnt.

(U. v. 30. Juni 1931; 355/30 III. — Frankfurt a. M.) [Sch.]

4. Staatenlosen steht ein Anspruch auf Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft nach Maßgabe des RGes. v. 14. Juli 1904 nicht zu.

Das BG. geht im Anschluß an die Entsch. des RG. in RG. 67, 342[1]) davon aus, daß eine Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung des Kl. für die erlittene Untersuchungshaft durch den dies feststellenden Beschluß des SchwG. nicht begründet wird, wenn der Kl. als Staatenloser nach § 12 von der Anwendung der Vorschriften des Gesetzes ausgenommen ist. Dagegen hat die Rev. begründete Bedenken nicht erhoben. Sie bemängelt mit der Rüge der Verletzung der §§ 1, 12 des Ges. die Ansicht, daß der Kl. als Staatenloser keinen Anspruch auf die Entschädigung habe. Sie meint, das BG. trage in das Gesetz Erwägungen hinein, die in seinen Bestimmungen keinen Ausdruck gefunden hätten. Es erscheine abwegig, in den Leistungen des Gesetzes besondere vermögensrechtliche Aufwendungen des Staates zugunsten einzelner zu erblicken, also eine Art von Gnadenzuwendung, die man nur den eigenen Staatsangehörigen zuwenden wolle. Das zeitgemäße Rechtsbewußtsein verlange für die mit Vermögensbeschädigung verbundenen Eingriffe in die Freiheit so gut eine Entschädigung wie für den Eingriff in das Vermögen. Dem habe das Gesetz Rechnung getragen. Es betreffe jeden von der obrigkeitlichen Gewalt unschuldig Betroffenen. Das ergebe sich auch deutlich aus der Fassung des § 12, der eine Ausnahme, nicht eine Erweiterung für Ausländer schaffe, bei denen die Gegenseitigkeit verbürgt sei. Der Staatenlose sei kein Angehöriger eines anderen Staates. Die von dem BG. herangezogene Analogie mit dem Armenrecht versage, weil es sich dabei um eine Fürsorgemaßregel handle.

Die Rev. ist nicht begründet. Nach § 12 des Ges. finden seine Vorschriften auf Angehörige eines auswärtigen Staates nur insoweit Anwendung, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Dazu bemerkt die Begründung des Gesetzes (S. 13): „Es erscheint gerechtfertigt, einen im Wege Rechtens verfolgbaren Anspruch auf Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft den Angehörigen fremder Staaten nur insoweit zuzugestehen, als die dortige Gesetzgebung oder ein Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt." Danach sollte die Wohltat des Gesetzes grundsätzlich nur Deutschen zukommen, Angehörigen fremder Staaten oder Ausländern aber nur dann gewährt werden, wenn der Staat, dem sie angehören, den Deutschen die gleiche Wohltat verbürgt. Das ist entgegen der Meinung der Rev. im § 12 hinreichend zum Ausdruck gekommen. Im Schrifttum ist, soweit ersichtlich, die Auffassung allgemein, daß sich das Gesetz nur auf Deutsche oder Angehörige eines die Gegenseitigkeit verbürgenden auswärtigen Staates bezieht. Auf Staatenlose findet es keine Anwendung, weil sie weder Deutsche noch Angehörige eines auswärtigen Staates sind.

Das Gesetz betreffend die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft ist ein Ausnahmegesetz insofern, als es eine Entschädigung aus Billigkeitserwägungen da gewährt, wo ein Schadensersatzanspruch mangels Verschuldens eines Beamten oder des Staates nicht gegeben ist. Es ist deshalb nicht angängig, seine Bestimmungen auf Personen auszudehnen, an die der Gesetzgeber beim Erlasse des Gesetzes nicht gedacht hat: Damals gab es in Deutschland nicht Staatenlose in einer Zahl, daß sie der Beachtung bedurft hätten. Das ist erst in der Nachkriegszeit anders geworden. Das Gesetz betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen v. 20. Mai 1898 kennt eine dem § 12 entsprechende Bestimmung nicht. Es gilt für alle Freigesprochenen. Das gebot die Gerechtigkeit. Das trifft aber auf die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft nicht zu. Da sie aus Gründen der Billigkeit gewährt wird, konnte sie auf Deutsche beschränkt werden. Rechtsansprüche auf die Entschädigung lassen sich aus dem Gesichtspunkte des Eingriffs in die Freiheit nicht begründen, weil die Verhängung einer Untersuchungshaft im Rahmen des § 112 StPO. keine staatliche Willkürmaßregel, sondern eine vom Gesetzgeber anerkannte Notwendigkeit im Interesse der Gesellschaft und eine Pflicht des Staates ist. Sie lassen sich auch aus der vorgeschriebenen Entschädigung im Falle einer Enteignung nicht ableiten, weil es sich bei der Enteignung um einen ganz anderen Anspruch handelt, als bei der Untersuchungshaft. Es ist schließlich nicht anzuerkennen, daß ein besonderes Bedürfnis besteht, den Staatenlosen die Wohltat des Gesetzes zuzubilligen. Wie die Begründung (S. 13) hervorhebt, schließt die Vorschrift des § 12 nicht aus, daß im Einzelfalle, auch wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, doch aus Gründen der Billigkeit eine Entschädigung im Verwaltungswege gewährt werden kann.

Danach ist die Rev. zurückzuweisen. Es kann dahingestellt bleiben, ob auch die Grundsätze, die für die Versagung des Armenrechts an Staatenlose maßgebend sind, für das Ergebnis mit dem BG. herangezogen werden können.

(U. v. 11. Juli 1931; 150/31 IX. — Dresden.) [H.]

5. Art. 11, 13 EinfG. z. BGB.

1. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 stellt eine ganz selbständige für alle Rechtsgeschäfte geltende Regel auf, in deren Bereich Art. 13 Abs. 1 und folgerecht auch das Auslandsrecht nicht eingreift, das der deutsche Richter sonst nach der Vorschr. des Art. 13 anzuwenden hat.

2. Die Folgerung aus Fehlern der im Ortsrecht vorgeschriebenen Form ist nach den Normen dieses Ortsrechts und nicht nach dem Wirkungsstatut zu ziehen.

Die jüdischen Parteien hatten sich am 30. Jan. 1910 in E., wo ihr Wohnsitz nicht war, vor dem dortigen Rabbiner trauen lassen. Zu jener Zeit besaß der 1879 in L. geborene,

---

[1]) JW. 1908, 218.

in Le. wohnende Bekl. die österreichische Staatsangehörigkeit, während von der i. J. 1884 in St. geborenen Kl. nicht feststeht, ob sie eine deutsche Staatsangehörigkeit oder die Rußlands besaß. Im Jahre 1920 hatten nach vorausgegangenen Zwistigkeiten die Parteien sich über ihre Scheidung geeinigt und zunächst bei dem Bezirksgericht in E. am 12. Jan. 1921 auf gemeinsamen Antrag den Ausspruch einer Scheidung von Tisch und Bett, dann bei dem Kreisgericht E. ein Urt. v. 14. März 1922 erwirkt, das die Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung dem Bande nach trennte.

In der Folgezeit erwarb der Bekl. die Staatsangehörigkeit in Deutsch-Österreich, die Kl. in Deutschland. Im Jahre 1929 verlangte die Kl. von dem noch in Le. wohnenden Bekl. durch Klage vor dem AG. Le. Unterhalt als Ehefrau. Als der Bekl. das Bestehen der Ehe bestritt, setzte AG. Le. den Rechtsstreit bis zur Feststellung des Bestehens der Ehe aus.

Die Kl. verlangte demgemäß Feststellung, „daß für die deutschen Gerichte die Ehe zwischen den Parteien noch besteht“ hilfsweise schlechthin: „daß die Ehe zwischen den Parteien noch besteht“.

Der Bekl. machte geltend, die Ehe sei von vornherein ungültig geschlossen, weil die notwendige Voraussetzung der Eheschließung vor dem Rabbiner in E., ein mindestens 6 wöchiger Aufenthalt der Eheschließenden in E., nicht erfüllt gewesen sei.

Das LG. sah die Ehe aus diesem Grunde für ungültig an und wies die Klage ab. In der von ihr angegangenen BerInst. richtete die Kl. einen weiteren Hilfsantrag auf Feststellung dahin, daß eine gültige Scheidung der zwischen den Parteien geschlossenen Ehe nicht vorliege.

Das OLG. entsprach dem ersten Hilfsantrag mit der Feststellung, daß die Ehe der Parteien noch bestehe. Die Rev. des Bekl. wurde zurückgewiesen.

Der BerR. beurteilt das Zustandekommen der Ehe zwischen den Parteien durch die Trauung von 1910 in E. auf Grund von Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. mit dem Ergebnis, die von dem österreichischen Gesetz verlangte Form sei zwar nicht gewahrt, und die Ehe deshalb dem Ungültigkeitsprozeß ausgesetzt; bis zum Ausspruch der Ungültigkeit bestehe sie aber.

Die Rev. geht demgegenüber von der Erwägung aus, maßgebend sei in erster Reihe der Grundsatz des Art. 13 Abs. 1 Satz 1 EGBGB., selbst wenn beide Parteien zur Zeit der Eheschließung Ausländer gewesen seien. Danach hätte der BerR. auch mit der von ihm offen gelassenen Möglichkeit rechnen müssen, daß die Kl. damals Russin war. Folgerecht hätten sich die Fragen ergeben, ob das russische Gesetz die in E. beobachtete Form anerkenne, ob es vielleicht eine Rückverweisung auf das deutsche Recht enthalte, endlich ob der Rabbiner in E. zum Abschluß der Ehe zwischen dem Bekl. und ihr als einer russischen Staatsangehörigen zuständig gewesen sei. Die zuletzt aufgeworfene Frage betrifft die Zulässigkeit der Trauung nach österreichischem Recht, die der BerR. unzweideutig bejaht hat. Die Rev. greift also insoweit unzulässig die Auslegung des ausländischen Rechts durch den BerR. an. Im übrigen geht die Rüge von der Auffassung aus, der Grundsatz des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 sei auf dem Gebiet der Eheschließung nur mit der Maßgabe anwendbar, daß das für einen ausländischen Verlobten i. S. von Art. 13 Abs. 1 Satz 1 zuständige Heimatsrecht ebenso wie das deutsche Recht in Art. 11 auf das Ortsrecht der Eheschließung verweise. Diesen Standpunkt nimmt die Rspr. des RG. nicht ein. In Übereinstimmung mit der im Schrifttum herrschenden Meinung ist vielmehr anerkannt, daß Art. 11 Abs. 1 Satz 2 eine ganz selbständige für alle Rechtsgeschäfte geltende Regel aufstellt, in deren Bereich Art. 13 Abs. 1 und folgerecht auch das Auslandsrecht nicht eingreift, das der deutsche Richter sonst nach der Vorschrift des Art. 13 anzuwenden hat. Diese Stellungnahme hat das Urteil des 4. ZivSen. v. 6. April 1916 (RG. 88, 191[1])) eingehend unter Berufung auch auf die Gesetzesgeschichte begründet. Ein weiteres Urt. desselben Senats v. 1. Okt. 1925 (Warn. 1926 Nr. 15) hat an diesem Standpunkt festgehalten, unter besonderer Betonung, daß Art. 11 Abs. 1 Satz 2 als maßgebende Kollisionsnorm ohne Rücksicht auf abweichende Vorschriften der Heimatsrechte auch dann gelte, wenn beide Eheleute Ausländer sind. Wenn in dem Urt. des 4. ZivSen. v. 15. Febr. 1926 (RG. 113, 38) die Beurteilung der Gültigkeit einer im Ausland abgeschlossenen Ehe auch auf die Stellungnahme des für den einen Verlobten geltenden Heimatrechts Wert gelegt worden ist, so geschah das unter dem Gesichtspunkt, ob die **Staatsangehörigkeit** dieses Verlobten durch die Eheschließung beeinflußt werden konnte. Von der zutreffenden Rechtsanschauung jener Urteile aus konnte deshalb der BerR. unentschieden lassen, ob etwa das Recht des zarischen Rußlands Heimatsrecht der Kl. zur Zeit der Trauung in E. war, und ob dieses Recht die Geltung der dort nach österreichischem Recht vorgenommenen Trauung seiner Untertanin verneint. Da es in dieser Hinsicht auf das heimische „Wirkungsstatut“ nicht ankommt, kann auch die Frage der Rückverweisung nicht aufgeworfen werden, eine Folgerung, die dadurch verstärkt wird, daß Art. 27 EGBGB. den Art. 11 Abs. 1 Satz 2 nicht berücksichtigt (so insbesondere **Niedner**, Art. 11 Anm. 11, Art. 27 Anm. I c βββ).

Nun ist freilich nach den das RevG. bindenden Feststellungen des BerR. den Vorschriften des österreichischen Eherechts nicht Genüge geschehen. Zwar war, so führt der BerR. aus, der trauende Rabbiner als Staatsorgan der Eheschließung tätig und dazu berufen, aber nach § 127 ÖstABGB. müsse die Trauung von Juden vor dem Rabbiner der Hauptgemeinde des einen oder des anderen verlobten Teils vollzogen werden. Daneben gelte entsprechend die (für christliche Ehen gegebene) Vorschrift des § 75, daß die Eheschließung vor dem ordentlichen Seelsorger eines der Brautleute stattfinde. Diese Vorschriften seien bei der Trauung der Parteien nicht beobachtet worden, da sie in jenem Zeitpunkt wohl in E. polizeilich gemeldet, aber nicht tatsächlich wohnhaft seien, auch der Kultusgemeinde dort nicht zugehört hätten. Nach § 129 ÖstABGB. sei deshalb die Ehe ungültig, und diese Ungültigkeit bilde ein von Amts wegen zu untersuchendes Ehehindernis. Aber, so unterscheidet der BerR. auf österreichisches Schrifttum gestützt, diese ungültige Ehe sei keine Nichtehe, vielmehr so lange vollwirksam, bis sie für ungültig erklärt sei. Ein solcher Rechtsstreit habe niemals stattgefunden, auch der vorliegende Rechtsstreit sei kein auf die Ungültigkeitserklärung gerichtetes Verfahren, wenngleich der Bekl. den Einwand erhebe. Müsse somit die Ehe nach dem am Ort der Eheschließung geltenden Recht als richtig zustande gekommen behandelt werden, so sei sie angesichts der Bestimmung des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch in Deutschland nicht zu beanstanden.

Wenn die Rev. diesen Erwägungen gegenüber ausführt, zu den Formen der Ehe gehöre nicht nur der formale Trauungsakt selbst, sondern auch die Zuständigkeit des trauenden Geistlichen, so trifft das zu und ist von dem RG. in dem Urt. RG. 88, 191[2]) in Übereinstimmung mit **Zitelmann**, Intern. PrivR. Bd. 2 S. 609, 611; **Walker**, Intern. PrivR. S. 193; **Lewald**, Intern. PrivR. S. 63; **Neumeyer**, Grundriß des intern. PrivR. S. 15 schon anerkannt. Folgert die Rev. weiter, also seien die Formen des Ortsrechts nicht gewahrt, so ist auch das richtig, von dem BerR. auch nicht in Abrede gestellt. Den Zweifelspunkt berührt die Rev. erst mit dem weiteren Schluß, daß also i. S. des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. eine formgültige Ehe nicht, also eine nichtige Ehe, vorliege.

Damit wird die im Schrifttum erörterte Streitfrage getroffen, ob die Folgerung aus Fehlern der im Ortsrecht vorgeschriebenen Form nach den Normen dieses Ortsrechts oder vielmehr nach den das Geschäft sachlich beherrschenden Regeln, dem Wirkungsstatut, oder aber nach demjenigen dieser Rechte zu ziehen sei, das den Geschäftsbestand eher wahre. Die auf das Wirkungsstatut abstellende Meinung, die die Rev. mit **Niemeyer**, Intern PrivR. S. 115 (dem Grundsatz nach auch **Staudinger**, EGBGB. Art. 11 VII 3b und **Frankenstein**, Intern. PrivR. Bd. 1 S. 561) vertritt, ist jedenfalls für das Eheschließungsrecht mit der insoweit ganz überwiegenden Meinung abzulehnen (**Zitelmann**, Intern. PrivR. Bd. 2 S. 160; **Niedner**, EGBGB. § 11 Anm. 4 Abs. 2; **Habicht-Greif**, Intern. PrivR. S. 92; **Walker**, Intern. PrivR. S. 196; **Neubecker**: Jahrb. f. intern.

[1]) JW. 1916, 836.

[2]) JW. 1916, 836.

Rechtsverkehr 1912/13 S. 78; Lewald, Intern. PrivR. S. 87; für das Eheschließungsrecht auch Staudinger a. a. O. VII b und Frankenstein a. a. O. S. 563).

Die Formen der Eheschließung sind in den Rechtsgebieten von weitgehender Verschiedenheit; andererseits werden fast allgemein bei solchen Formen unwesentliche und bedeutsame Teile, letztere wiederum in der Verkörperung des Rechtsakts einander nicht gleichstehend, unterschieden. Die Gesichtspunkte des Formaufbaus sind nach der Verschiedenheit der Rechtssysteme, des religiösen Kultureinflusses und geschichtlicher Momente vielgestaltig. Auf die danach von dem Gesetzgeber gewollte Abstufung der Wesentlichkeit ist die Gegenwirkung des Gesetzes auf die oder jene Verletzung der Form abgestimmt, sei es, daß dem Fehler dessen gänzliche Nichtbeachtung, bloße Straffälligkeit, Anfechtbarkeit, heilbare oder unheilbare Nichtigkeit oder gar die Ansehung der Ehe als Nichtehe folgt.

Es ist deshalb nicht angängig, an den Aufbau der Formen des einen Rechts, die in engem Zusammenhang mit dem Rechtssystem stehen, mit dem Maßstab heranzutreten, der der Formsetzung in einem (oder bei verschiedenen Heimatsrechten der Verlobten der Folgerung in dem und jenem) andersartigen Eherecht entspricht. Im vorliegenden Falle würde es dem Sinn des § 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. nicht gerecht werden, wollte man den Mangel der Zuständigkeit des Geistlichen im österreichischen Recht mit dem unwesentlichen Mangel an der örtlichen Zuständigkeit des Standesbeamten im deutschen Recht (§ 1320 BGB.) gleichsetzen; ebensowenig wäre es aber im Sinne des Gesetzes, aus dem nach der Feststellung des BG. hier vorgekommenen Verstoß gegen die Formordnung des österreichischen Rechts die für Verfehlung der Form des § 1317 in § 1324 BGB. gesetzte Folge zu ziehen, falls das österreichische Recht die Formverfehlung nicht im gleichen Maße als durchgreifend ansieht.

Die Anerkennung der Herrschaft des ausländischen Rechts für die Form der Ehe muß deshalb auch zur Hinübernahme der bürgerlich-rechtlichen Folgerung führen, die das fremde Recht aus der Formverletzung zieht, vorausgesetzt, daß sie in das deutsche Recht übertragbar ist. Für das zur Zeit der Eheschließung geltende österreichische Recht stellt nun der BerR. fest, die aus dem hier vorliegenden Grund „ungültige" Ehe sei keine Nichtehe, vielmehr vollwirksam, bis sie für ungültig erklärt sei. Damit soll ein sachlich-rechtlicher Unterschied von einer Nichtehe festgestellt werden, wie er auch im deutschen Recht zwischen der durch Nichtigkeitsklage geltend zu machenden unvollkommenen und der vollkommenen Nichtigkeit der Ehe (Nichtehe) besteht. Dann rechtfertigt sich aber auch der Schluß des BerR., daß nach dem Grundsatz des § 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. die Ehe bis auf den Ausspruch ihrer Ungültigkeit, in einem zulässigen Weg, auch für den deutschen Richter „besteht". Damit ist nicht, wie die Rev. meint, die Gültigkeit der Ehe in einer dem sachlich-rechtlichen Stand widersprechenden Weise festgestellt.

Im Ergebnis unbegründet ist schließlich auch der Revisionsangriff gegen die Entscheidung des BerR., dem Trennungserkenntnis des Kreisgerichts Eger v. 14. März 1922 sei die Anerkennung zu versagen. An jeder Rechtsgrundlage fehlt es für die Anregung der Rev., dies Scheidungsurteil in ein Nichtigkeitsurteil umzudeuten.

Auch im übrigen greifen die von der Rev. erhobenen Bedenken nicht durch.

Es kann mit dem BerR. davon ausgegangen werden, daß die Kl. durch die Eheschließung in E. die österreichische Staatsangehörigkeit des Bekl. und infolge der Bestimmungen des Friedens von St. Germain mit ihm die polnische erworben hat, so daß zur Zeit des Trennungsausspruchs beide Parteien polnische Untertanen, also Ausländer i. S. von § 606 Abs. 4 waren. Daraus folge, meint der BerR., daß der durch den Wohnsitz des Ehemannes nach § 606 Abs. 1 ZPO. in der Regel begründete ausschließliche Gerichtsstand infolge der Ausnahmevorschrift des § 606 Abs. 4 ZPO. für die Parteien nicht gelte. Deshalb seien nach der Regel des Art. 17 EGBGB. für die Scheidung der Ehe die Gesetze Polens maßgebend.

Somit komme es darauf an, ob Polen für die Ehetrennung seiner Staatsangehörigen die Zuständigkeit des tschechoslowakischen Gerichts anerkenne, obwohl die Parteien in E. nicht wohnten. Das verneint der BerR. nach Prüfung des polnischen Rechts und eines Staatsvertrags zwischen Polen und der Tschechoslowakei. Dieser von dem BerR. im Anschluß an Bergmann, Ehe- und Kindschaftsrecht Bd. I S. 44 und 49 vorgenommenen Erörterung der Wirkungsmöglichkeit des Egerer Trennungsurteils hält die Rev. zu Unrecht entgegen, es hätte nicht Art 17 EGBGB. angewendet, sondern die nach dem polnischen oder dem tschechoslowakischen internationalen Privatrecht geltende Kollisionsnorm gesucht werden müssen. Nichts anderes hat der BerR. getan; er hat die Frage, ob tschechoslowakische Gerichte die Scheidung wirksam vornehmen konnten, nach polnischem internationalem Privatrecht gelöst und Art. 17 EGBGB. nur herangezogen, um zunächst das polnische Recht als maßgebendes zu bestimmen.

Der Beweisführung des BerR. läßt sich aber entgegenhalten, daß nicht zu untersuchen war, ob die Parteien im Sinne ihres Heimatrechts wirksam geschieden sind, daß es vielmehr vom Standpunkt des deutschen Prozeßrechts zunächst darauf ankam, ob das in E. gefällte Urteil, von seiner Fähigkeit zur Rechtsgestaltung nach dem bestimmenden Recht abgesehen, i. S. von § 328 ZPO. als Träger der Rechtskraft in Deutschland anerkannt werden kann.

Schon aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich die Entscheidung des BerR. Wenn auch, wie der BerR. unterstellt, dem deutschen Richter angesichts der Eigenschaft der Parteien als Ausländer die ausschließliche Zuständigkeit nach § 606 Abs. 1 ZPO., ja wenn ihm infolge der Stellungnahme Polens etwa jede Zuständigkeit fehlte, so würde daraus noch nicht folgen, daß den tschechoslowakischen Gerichten i. S. der nach § 328 Ziff. 1 ZPO. maßgebenden Regeln des deutschen Rechts die Zuständigkeit zur Ehetrennung der Parteien beizumessen ist. Die Vereinbarung, auf die der Bekl. sich berufen hat, kann für Ehescheidung nach deutschem Recht keine Zuständigkeit schaffen. Da nach den Feststellungen des BerR. auch Wohnsitz und Staatsangehörigkeit der Parteien in der Tschechoslowakei nicht in Frage kommen, schließt schon § 328 Ziff. 1 ZPO. die Anerkennung des in E. ergangenen Trennungsurteils aus. Im übrigen hat der BerR. auch ohne Rechtsirrtum verneint, daß im Verhältnis zur Tschechoslowakei die Gegenseitigkeit als verbürgt gelten kann (RG. 109, 383[3]); Staudinger, EGBGB. zu Art. 17 F 3 S. 396). Inwieweit dieser Umstand angesichts der Bestimmung in § 328 Abs. 2 ZPO. entscheidend wäre, bedarf nach dem Vorstehenden der Erörterung nicht.

Nach alledem rechtfertigt sich die Zurückweisung des Rechtsmittels.

(U. v. 22. Juni 1931; 658/30 VIII. — Dresden.) [H.]

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwalt Prof. Dr. Alsberg, Berlin.

I. Materielles Recht.

1. Strafgesetzbuch.

5a. § 19 StGB. Eine Freiheitsstrafe darf nicht nach Bruchteilen eines Monats bemessen werden. Bei der Berechnung nach Monatsbruchteilen sind als Dauer eines Monats 30 Tage in Ansatz zu bringen.

Nach der ständigen Rspr. des RG. darf eine Strafe nach Bruchteilen eines Monats nicht bemessen werden, weil der Monat eine feststehende Zeitbestimmung nicht enthält, sondern 31, 30, 29 oder 28 Tage betragen kann (RGSt. 10, 22, 27; 43, 320). Die gesetzliche Mindeststrafe wäre auf 4 Monate und 15 Tage Gefängnis zu berechnen gewesen, weil, wie das RG. gleichfalls mehrfach ausgesprochen hat (vgl. RGSt. 43, 320), bei der Berechnung einer Strafe nach Monatsbruchteilen als Dauer eines Monats 30 Tage in Ansatz zu bringen sind.

(2. Sen. v. 29. Jan. 1931; 2 D 9/31.) [A.]

[3]) JW. 1925, 765.

6. §§ 43, 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB. **Zur Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuch. Wer einen falschen Schlüssel in diebischer Absicht in das Schloß einführt und damit vergeblich versucht, das Schloß zu öffnen, ist wegen versuchten schweren Diebstahls strafbar.** †)

Der Angekl. begab sich — zunächst in der Absicht, zu hausieren — in das oberste Stockwerk eines Hauses, faßte dort, in der Mißstimmung über seine geringen Hausiererfolge, den Entschluß, mit Hilfe des zu seiner elterlichen Wohnung gehörigen Wohnungsschlüssels, den er bei sich trug, in eine der drei auf dem Stockwerk befindlichen Wohnungen einzudringen und dort einen Diebstahl auszuführen. Er läutete zunächst in den drei Wohnungen, um sich zu überzeugen, ob jemand zu Hause war. Da ihm nicht geöffnet wurde, steckte er den erwähnten Schlüssel in eine der Wohnungstüren, konnte ihn aber nur ein kurzes Stück einführen und im Schloß nicht herumdrehen; er konnte auch das Schloß nicht öffnen, weshalb er den Schlüssel wieder herauszog. Seine Verteidigung, er habe den Schlüssel, ohne daß er ihn umzudrehen versuchte, sofort wieder herausgezogen, weil ihm Bedenken gegen die geplante Straftat aufgestiegen seien, hat das BG. nicht geglaubt; es hat angenommen, daß das von ihm versuchte Aufsperren sich nicht habe bewerkstelligen lassen, daß sich der Angekl. deshalb genötigt gesehen habe, bei dieser Wohnung von der Ausführung des geplanten Diebstahls Abstand zu nehmen, und daß er sogar die Absicht gehabt habe, das gleiche bei einer der beiden anderen Wohnungen zu versuchen, woran er aber durch einen der Wohnungsinhaber, der ihn bei seinem Treiben beobachtet hatte, verhindert wurde.

Mit Recht hat das BG. hierin unter Berücksichtigung der Vorstrafen des Angekl. einen Versuch des schweren Diebstahls im Rückfalle nach den §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 3, 244, 245, 43 StGB. gefunden. Die Meinung der Rev., daß es sich bei der Tat des Angekl. nicht um einen Versuch, sondern nur um eine nicht strafbare Vorbereitung handle, kann nicht gebilligt werden. Bei dem schweren Diebstahl nach § 243 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4 und 7, bei welchem dem Akte der Wegnahme bestimmte Handlungen vorangehen, die zu den gesetzlichen Merkmalen gehören, kann schon in der Vornahme dieser Handlungen, ja schon im Beginne ihrer Vornahme, ein Versuch des schweren Diebstahls gefunden werden, sofern die Diebstahlsabsicht schon in diesem Augenblick vorhanden war (vgl. Olshausen, Anm. 61 zu § 243 StGB. und die dort angeführten Entsch.). Ebenso wie bei dem Einbruchsdiebstahl zwar noch nicht das Heranschaffen der zum Einbruch bestimmten Mittel an den Tatort, wohl aber ihre Anwendung zur Annahme des Versuchs genügt (vgl. RGSt. 9, 81 [83 am Ende des Abs. 1]; 43, 332 [333] und sogar schon das Beschmieren des Fensters mit einer dicken Masse zur Verhinderung des Klirrens beim Eindrücken des Fensters als Versuch angesehen wurde, obwohl es noch nicht zum Eindrücken des Fensters gekommen war (vgl. RGSt. 54, 35), so ist auch mit dem Einführen eines Nachschlüssels und dem Versuch, durch dessen Umdrehung das Schloß zu öffnen, die Grenze der Vorbereitung bereits überschritten. Daß angesichts der getroffenen Feststellungen ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch nicht in Frage kommen kann, bedarf keiner weiteren Ausführung.

(1. Sen. v. 28. Okt. 1930; 1 D 444/30.) [A.]

****7.** § 51 StGB. **Ein die Verantwortlichkeit des Täters ausschließender Zustand liegt nicht erst dann vor, wenn der Täter „sinnlos betrunken" ist. Der Täter kann vielmehr möglicherweise noch ein gewisses Maß von Besinnung und Erkenntnis der Umstände gehabt haben und doch außerstande gewesen sein, gegenüber dem Anreiz der Tat Hemmungsvorstellungen wirksam werden zu lassen.** †)

Nur eine Stelle des angefochtenen Urt. könnte Bedenken erwecken, indem nämlich bemerkt ist, nach dem Gutachten der beiden Sachverständigen sei es ausgeschlossen, daß sich der Angekl. in einem Zustand sinnloser Betrunkenheit befunden habe. Ein Zustand i. S. des § 51 StGB. läge nicht erst dann vor, wenn der Angekl. „sinnlos betrunken" war, zum mindesten kann eine solche Kennzeichnung seines Zustands mißverständlich gemeint sein. Der Täter könnte möglicherweise wohl noch ein gewisses Maß von Besinnung und Erkenntnis der Umstände gehabt haben und doch außerstande gewesen sein, gegenüber dem Anreiz der Tat Hemmungsvorstellungen wirksam werden zu lassen (vgl. RGSt. 5, 338; 57, 76; 63, 46; JW. 1923, 606; 1924, 1724). Indessen ist hier den Ausführungen des Urt. in ihrem Zusammenhang zweifelsfrei zu entnehmen, daß das SchwG. die Voraussetzungen des § 51 StGB. nicht irrig beurteilt hat. Dies ist aus der Darlegung zu entnehmen, die das Urt. über die der Tat kurz vorhergegangenen und ihr nachgefolgten Umstände macht, sowie aus der Würdigung, die das Urt. dem ganzen Verhalten des Angekl. während der Tat zuteil werden läßt. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der Angekl. nach der Überzeugung des SchwG. keineswegs in einem Maß betrunken gewesen ist, daß er außerstande gewesen wäre, gegenüber dem Anreiz zur verbrecherischen Tat die besseren Regungen, die ihn zunächst abhalten mußten, wirksam werden zu lassen. Dieser Beurteilung steht auch der Umstand nicht entgegen, daß der Angekl. ein Psychopath und daher leicht erregbar ist, auch nicht der Umstand, daß die Art der Verletzungen, die er seiner Frau zugefügt hat, auf den behandelnden Arzt den Eindruck gemacht hat, der Angekl. müsse in blinder Wut auf sein Opfer eingeschlagen haben. Eine solche Beurteilung mochte naheliegen angesichts des Umstandes, daß Frau G. vom Angekl. neun Messerstiche erhalten hat, deren einer den ganzen Arm durchdrang, konnte aber natürlich keinen sicheren Schluß auf die Geistesverfassung begründen, in der der Angekl. gehandelt hat.

(1. Sen. v. 24. Okt. 1930; 1 D 1035/30.) [A.]

8. § 53 StGB.

1. Die Bestimmungen über Straflosigkeit des Notwehrexzesses sind nur dann anwendbar, wenn die Voraussetzungen der Selbstverteidigung objektiv vorliegen.

2. Im Falle der vermeintlichen (Putativ-) Notwehr, also der irrigen Vorstellung des Täters über das Vorhandensein einer Notwehrlage, ist stets zu prüfen, ob der irrige Glaube unverschuldet ist oder ob die durch Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis der Tatumstände

---

Zu 6. Mit seiner Entsch. folgt das RG. seiner ständ. Rspr. Auch Ebermayer, 1929, § 243 Anm. I 3 teilt den Standpunkt des RG. Er ist allerdings nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht völlig zweifelsfrei. Denn nach diesem soll eine bestimmte Art des Diebstahls, gekennzeichnet durch eine besondere Art der Vorbereitungshandlung, schwerer bestraft werden (qualifizierter Diebstahl). Ob die die Tat zum schweren Diebstahl gestaltende, die Strafe erhöhende und als solche qualifizierte Vorbereitungshandlung durch Aufnahme in den gesetzlichen Tatbestand als strafschärfendes Mittel der Begehung der strafbaren Handlung zugleich den Rahmen des Delikts, die Ausführungshandlung, erweitert (zusammengesetzter Tatbestand), ist eine Frage, die durchaus nicht bedenkenlos bejaht werden kann. Dem praktischen Bedürfnis und dem Rechtsgefühl entspricht allerdings die ständ. Rspr. des RG. Nach dem Reichsratsentwurf des neuen StGB., § 329 Ziff. 1 „Wegen schweren Diebstahls wird ... bestraft: 1. wer eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder in anderer Weise gegen Wegnahme besonders gesichert ist", würde bedauerlicherweise in Fällen wie dem vorliegenden ein strafbarer Versuch schwerlich angenommen werden können.

RA. Oborniker, Berlin.

Zu 7. Die vorstehende Entsch. ist in rechtlicher Beziehung nicht zu beanstanden. Es braucht in der Tat nicht die Trunkenheit eine sinnlose gewesen zu sein, damit § 51 StGB. zur Anwendung kommen kann. Es genügt, wenn die Seite der Zurechnungsfähigkeit, die man als die normale Entscheidungsfähigkeit bezeichnen kann, infolge der Trunkenheit ausgeschlossen ist. Ob sich allerdings das angefochtene Urteil des Unterschiedes zwischen dem gewöhnlichen und dem pathologischen Rauschzustand bewußt gewesen ist, erscheint mir zweifelhaft. Allerdings tragen die tatsächlichen Feststellungen des Vorurteiles die Entsch. auch für den Fall des pathologischen Rauschzustandes. Daß mir aber die Entsch. in der Sache selbst nicht sehr glücklich erscheint, mag ausdrücklich hervorgehoben werden.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

für die Annahme einer fahrlässig begangenen strafbaren Handlung Raum läßt.

3. Das Gebot an den rechtswidrig Angegriffenen, die Abwehr durch seinerseitigen Verstoß gegen die Strafgesetze dann zu unterlassen, wenn das Recht des Angegriffenen auf Schutz sich ohne jedes Opfer an eigenen berechtigten Interessen verwirklichen läßt, gilt auch für den Fall der vermeintlichen (Putativ-) Notwehr.†)

Würde sich der Angekl. im Zustande wirklicher Notwehr befunden haben und die Abgabe eines Schreckschusses zur Abwehr des Angriffes erforderlich gewesen sein, so wären das Herausnehmen der Pistole aus der Tasche und das Bereitmachen der Waffe zum Schuß als gewollte Verteidigungsmaßnahmen i. S. des § 53 Abs. 2 StGB. zu erachten. Es wäre dann nach Abs. 3 das. zu untersuchen, ob nicht das unfreiwillige Lösen des Schusses in Bestürzung, Furcht oder Schrecken erfolgt wäre und ob nicht darum die Strafbarkeit des Angekl. ausgeschlossen sei (vgl. RGSt. 56, 33).

Es kommt aber hierauf nicht weiter an; denn das LG. stellt ohne Rechtsirrtum fest, daß die Voraussetzungen der Selbstverteidigung objektiv nicht vorgelegen haben. Damit entfällt § 53 Abs. 3 StGB. (RGSt. 54, 36).

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Angekl. nur geglaubt hat, angegriffen zu sein und in diesem Glauben zur Waffe gegriffen hat. Dann ist zu untersuchen, ob nicht die Fahrlässigkeit des Angekl. schon bei der Entstehung dieses Glaubens eingesetzt habe und nicht schon das Herausziehen der Waffe und das Handhaben mit ihr auf der Dorfstraße, die um diese Zeit, wie das Urt. feststellt, belebt war, als das fahrlässige Verhalten zu erachten sei, das zu dem Erfolge, dem Tode des Eu., geführt hat. Das LG. hat sich in diesem Sinne mit dem Einwande der vermeintlichen (Putativ-) Notwehr beschäftigt.

Den Einwendungen der Rev. gegen diese Ausführungen ist zuzugeben, daß sie in tatsächlicher Beziehung klare Feststellungen nicht erkennen lassen. Das Urt. erörtert nur in akademischer Weise einmal, wie die Sachlage zu beurteilen wäre, wenn der Angekl. geglaubt hätte, angegriffen zu sein, und gelangt hierbei zu dem Schluß, daß dann der Angekl. zu seinem Glauben in grob fahrlässiger Weise gekommen wäre; zum anderen, wie die Sachlage zu beurteilen wäre, wenn der Angekl. ohne Verschulden des Glaubens gewesen wäre, angegriffen zu sein, und kommt hierbei zu dem Schluß, daß der Angekl. dem Angriffe hätte ausweichen können und ausweichen sollen. Über den Mangel bestimmter Feststellungen kann aber hier hinweggesehen werden, da die beiden dargestellten Fälle, wie sogleich gezeigt werden wird, rechtlich zutreffend gewürdigt sind und ein weiterer Fall nach Sachlage nicht denkbar ist.

Bei den zuerst genannten Ausführungen geht das LG. erkennbar von dem in der Rspr. anerkannten Rechtssatz aus, daß die vermeintliche Notwehr keine Notwehr ist, sondern nur die irrige Vorstellung des Täters über das Vorhandensein einer Notwehrlage, wobei zu prüfen ist, ob der irrige Glaube unverschuldet sei und infolgedessen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausschließe, oder ob die durch Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis der Tatumstände für die Annahme einer fahrlässig begangenen strafbaren Handlung Raum lasse (RGUrt. v. 2. Dez. 1924, I 887/24). Unter Zugrundelegung dieses Rechtssatzes hat das LG. einwandfrei festgestellt, daß der Angekl., wenn er des Glaubens gewesen ist, angegriffen zu sein, zu diesem Glauben in grob fahrlässiger Weise gekommen ist.

Bei den an zweiter Stelle genannten Ausführungen hat das LG. einen ebenfalls vom RG. ausgebildeten Rechtssatz verwendet, der aber bisher nur für den Fall der echten Notwehr gebraucht worden ist. Es ist der Satz, daß unter gewissen Umständen von dem Angegriffenen zu verlangen ist, die Abwehr durch seinerseitigen Verstoß gegen die Strafgesetze zu unterlassen und daß diese Unterlassung dann geboten ist, wenn das Recht des Angegriffenen auf Schutz sich ohne jedes Opfer an eigenen berechtigten Interessen dadurch verwirklichen läßt, daß er dem Angriffe ausweicht (vgl. GoltdArch. 46, 31). Die Verwendung dieses Satzes auf den hier vom LG. beurteilten Fall der vermeintlichen Notwehr ist unbedenklich; denn wenn, was das LG. einwandfrei nachgewiesen hat, der Angekl. imstande war, dem vermeintlichen Angriff ohne Preisgabe seiner Interessen auszuweichen, so ergibt sich ohne weiteres seine Fahrlässigkeit daraus, daß er dies wissentlich nicht getan, sondern zur Waffe gegriffen hat.

Zu 8. Das RG. bezieht den § 53 III StGB., dem Wortlaute nach richtig, auf das Vorliegen einer wirklichen Notwehrlage. Damit ist aber die Bedeutung von Furcht, Bestürzung oder Schrecken für vermeintliche Notwehr nicht erledigt. Die Putativnotwehr kann völlig schuldlos sein. Alsdann gilt für sie wie für echte Notwehr, daß 'das Maß der für zulässig zu erachtenden Abwehrmaßregel sich danach bestimmt, was man einer Person wie der Angegriffenen unter den konkreten Umständen an Augenmaß, d. h. an Urteilskraft für die richtige Einschätzung der Abwendungsmöglichkeiten billigerweise zumuten konnte. Diese objektive Bewertung der Sachlage und der persönlichen Fähigkeiten kann auch an den meist entschuldbaren Zuständen der Furcht, Bestürzung oder des Schreckens nicht haltmachen. Das heißt: auch diese Zustände können zu der Beurteilung führen, daß die ergriffene Abwehrmaßregel nach den konkreten Umständen als erforderlich angesehen werden durfte oder sogar mußte (vgl. LpzKomm.[4] § 53 Nr. 8; LZ. 14, 304).

Trotz Vorhandenseins von Furcht, Bestürzung oder Schrecken ist es möglich, wenn auch psychologisch nicht naheliegend, daß die Ergreifung eines zu starken Abwehrmittels fahrlässig oder vorsätzlich geschah. Die Untersuchung, ob der in Furcht, Bestürzung oder Schrecken fehlgreifende Täter bei seiner Notwehr nicht doch zugleich fahrlässig oder vorsätzlich fehlgegriffen hat, wird durch § 53 III sehr vernünftigerweise abgeschnitten. Da die Schuldlosigkeit bei einem in Notwehrlage Befindlichen und bei einem in unverschuldeter Putativnotwehr Befindlichen ganz genau die gleiche ist, erscheint es gerecht und billig, außerdem auch praktisch, daß der gleiche Strafausschließungsgrund auf beide Anwendung finde. Die Analogie zugunsten des in schuldloser Putativnotwehr Befindlichen ist hier nicht verboten; der Sinn dieses Strafausschließungsgrundes trifft auf beide in gleicher Weise zu. Hierin weicht die gegenwärtige Entsch. ab. Ob jemand mit einem geladenen Revolver einen wirklichen Angriff oder mit einem ungeladenen Revolver einen Scheinangriff vornahm, das begründet für den anderen Teil eben nur dann einen Unterschied, wenn er sich fahrlässig in Putativnotwehr befand. Für diesen Fall kommt aber die Analogie des § 53 III gar nicht in Frage.

Unzweifelhaft richtig ist die Annahme des RG., daß bei Putativnotwehr zu prüfen ist, ob nicht schon bei der Entstehung des irrigen Glaubens an einen gegenwärtigen Angriff eine Fahrlässigkeit des Täters der Abwehrhandlung eingesetzt hat.

In der Frage, ob das geltende Recht ein Verbot der Notwehr erkennen läßt, wenn der Angegriffene dem Angriff leicht ausweichen kann, oder ob Notwehr gegen jeden gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff erlaubt ist, hat das RGSt. 16, 69 den Standpunkt vertreten, daß der Angegriffene die Flucht zu wählen habe, wenn sich sein Recht auf Schutz ohne Aufgabe schutzberechtigter Interessen erreichen läßt. Die gegenwärtige Entsch. will das gleiche sagen, indem sie die Unterlassung der Abwehr für geboten erklärt, wenn das Recht des Angegriffenen auf Schutz sich ohne jedes Opfer „an eigenen berechtigten Interessen“ durch Ausweichen erreichen läßt. Hierbei ist die Wendung „an eigenen berechtigten Interessen“ keine Verbesserung, da es doch bei der Nothilfe gewiß nicht auf eigene berechtigte Interessen ankommt und da ferner der Ausdruck „berechtigte“ Interessen nach der Auslegung des RG. zu § 193 StGB. die Wahrnehmung solcher Interessen, die den Täter nicht näher angehen, als unzulässig erscheinen ließe. Im übrigen ist zu bemerken, daß die reichsgerichtliche Auffassung neuerdings Zustimmung gefunden hat bei v. Hippel, Strafrecht 2, 211, Ablehnung dagegen bei Heimberger, Strafrecht 43 und bei Rich. Schmidt, Strafrecht[2] 119. a) Nicht für die reichsgerichtliche Ansicht spricht der Umstand, daß zwar verschiedene frühere Landesgesetze Einschränkungen der Notwehrzulässigkeit bei leicht möglichem anderem Schutz enthielten, z. B. Braunschweig, Hessen, andere dagegen nicht, z. B. Preußen, Bayern. Bei dieser Sachlage kann das Schweigen des RStGB. kaum in dem Sinne gedeutet werden, daß es sich der ersteren Gruppe anschließen wollte. Auch die Wendung der Motive zu § 53, „daß die Ausübung der Notwehr niemals eine Strafbarkeit begründen könne“, läßt keine Andeutung einer Einschränkung in dem vom RG. angenommenen Sinne erkennen. b) Der Wortlaut des § 53 II spricht gleichfalls nicht für die reichsgerichtliche Auffassung. Das RG. versteht ihn so, als ob es heißen würde: „Notwehr liegt vor, wenn eine Verteidigung erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ... abzuwenden.“ Demgegenüber wäre es eine mindestens zweideutige Wendung, wenn der Abs. 2 des § 53 isoliert stünde, der erklärt: Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um ... abzuwenden. Denn sie läßt

In diesem Sinne, nämlich daß das Greifen zur Waffe bereits ein Verschulden des Angekl. darstellt, müssen die zusammenfassenden Worte des Urt. verstanden werden: Nach alledem kann keine Rede davon sein, daß der Angekl. berechtigt war, auf Eu. zu schießen. Es ist nach dem ganzen Zusammenhange damit gemeint, daß der Angekl. fahrlässig handelte, als er auf der belebten Dorfstraße die ungesicherte Waffe aus der Tasche zog und von ihr Gebrauch machen wollte. Nur darf bei dieser Beurteilung der Sachlage nicht von einer überschreitung der Grenzen der Notwehr gesprochen werden, wie das LG. es tut. Denn die Verteidigungsmaßnahmen waren nach den Feststellungen des Urt. bereits schuldhaft unternommen, von dem überschreiten rechtlich anerkannter Verteidigungsmaßnahmen kann daher nicht gesprochen werden.

Ist so in unanfechtbarer Weise der Einwand des Angekl., zu Selbstverteidigungsmaßnahmen berechtigt gewesen zu sein oder sich dazu für berechtigt gehalten zu haben, zurückgewiesen, so geben die weiteren Ausführungen des Urt. zu der Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung zu Bedenken keinen Anlaß. War das Zurhandnehmen der Waffe schon leichtsinnig, so schließt eine etwaige Aufregung des Angekl. bei der Handhabung der Waffe sein Verschulden nicht aus. Voraussehbarkeit und Verursachung des Erfolgs sind ebenfalls einwandfrei dargetan.

(1. Sen. v. 27. Febr. 1931; 1 D 1414/30.) [A.]

9. §§ 53, 113 StGB.; § 261 StPO. Der Polizeibeamte, der einen Straßenpassanten festnimmt, weil er diesen im Verdacht hat, an einer verbotenen Versammlung teilgenommen zu haben, befindet sich in rechtmäßiger Amtsausübung. Dem Festgenommenen steht daher ein Notwehrrecht auch dann nicht zu, wenn der Verdacht unbegründet war, wohl aber dann, wenn der Polizeibeamte ihm bei der Festnahme ohne Anlaß Schläge versetzt. Wegen Notwehr muß schon dann freigesprochen werden, wenn die Möglichkeit besteht, daß sich der Angekl. gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff verteidigte.

Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft greift nicht durch. Die StrK. geht ersichtlich davon aus, daß die in der Festnahme des Angekl. bestehende Amtshandlung des Polizeiwachtmeisters unrechtmäßig gewesen sei und daß deshalb der vom Angekl. geleistete Widerstand als durch Notwehr gerechtfertigt, straflos bleiben müsse. Nach dem festgestellten Sachverhalt beruht diese Annahme allerdings auf einem Rechtsirrtum. Der Angekl. ist der Aufforderung, die Straße zu räumen, sofort nachgekommen; auch hatte er nicht nachweisbar an der verbotenen Ansammlung teilgenommen. Nach den weiteren Ausführungen der StrK. ist jedoch die Frage, ob der Angekl. im Verdacht der Teilnahme an der Ansammlung stand, ungeklärt. Jedenfalls hat aber nach dem Urteilszusammenhange der Polizeiwachtmeister eine Teilnahme des flüchtenden Angekl. nach Lage der Umstände ohne Verschulden irrtümlich angenommen. Dann konnte der Beamte bei pflichtmäßiger Prüfung der Sachlage die Festnahme des Angekl. für nötig und sachlich gerechtfertigt halten. Ist dies aber der Fall, so stellt sich die in der Festnahme des Angekl. bestehende Amtshandlung des Polizeiwachtmeisters als eine rechtmäßige i. S. des § 113 StGB. dar. Gegen diese war, weil es an der Voraussetzung eines rechtswidrigen Angriffs fehlte, eine Notwehr des Angekl. rechtlich ausgeschlossen. Aber auch vermeintliche („Putativ"-)Notwehr kam insoweit nicht in Frage. Da die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nach der feststehenden Rspr. des RG. (vgl. u. a. RGSt. 55, 162 [166] und die dort angeführten älteren RGErk.) kein vom Vorsatz des Täters zu umfassendes Tatbestandsmerkmal des Widerstands, sondern nur eine hiervon unabhängige Bedingung der Strafbarkeit bildet, konnte sich der Angekl., der nach der ersichtlichen tatsächlichen Auffassung der StrK. wußte, daß die Polizeibeamten Amtshandlungen vornahmen, nicht mit Erfolg darauf berufen, daß er seine Festnahme durch den Beamten irrtümlich für eine unrechtmäßige Amtsausübung erachtet habe.

Die Entsch. der StrK. erweist sich jedoch aus einem anderen Grunde als gerechtfertigt: Die StrK. hat — wie sie ausdrücklich dargelegt hat — den Sachverhalt nicht restlos aufzuklären vermocht. Ihre Beweisannahmen geben daher, wie auch der Urteilszusammenhang erkennen läßt, der Möglichkeit Raum, daß der Polizeiwachtmeister bei der — nach dem Ausgeführten an sich rechtmäßigen — Festnahme des Angekl. diesem ohne gerechtfertigten Anlaß mit dem Gummiknüppel Schläge versetzt und damit über die Grenzen seiner Amtsbefugnisse hinausgegangen ist. Muß aber eine dahingehende Möglichkeit zugunsten des Angekl. unterstellt werden, so war die Amtshandlung des Polizeiwachtmeisters, soweit dieser durch die Verabreichung der Schläge seine Befugnisse überschritt, unrechtmäßig und deshalb der vom Angekl. durch das Festhalten des Gummiknüppels dagegen geleistete Widerstand als Notwehrhandlung, die gegenüber einer unrechtmäßigen, sich als ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff darstellenden Amtsausübung zulässig ist, aus dem Gesichtspunkte des § 53 StGB. straflos.

(3. Sen. v. 13. Nov. 1930; 3 D 828/30.) [A.]

****10.** §§ 59, 230 StGB.

1. Die Ausübung eines Züchtigungsrechtes durch den Lehrer setzt voraus, daß ein überhaupt eine Ahndung im Wege der Schulzucht erforderndes Verhalten des Schülers außer Frage steht. Liegt ein solches Verhalten nicht ohne weiteres klar zutage, ist es vielmehr erst im Wege einer Untersuchung festzustellen, so können die diesbezüglichen Feststellungen, wie von jedermann, so insbes. auch vom Strafrichter getroffen werden.

2. Entschuldbar ist der Irrtum des Lehrers über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Züchtigungsrechts.

3. Die Pflicht des Lehrers, sich vor der Züchtigung eines ihm unterstellten Schülers über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des ihm allgemein zustehenden Züchtigungsrechts zu vergewissern, ist eine Amts- oder Be-

---

sich zwanglos so verstehen, daß damit eine derartige Verteidigung gemeint ist, wie man sie nötig hat, wenn man sich verteidigen will. Diese letztere Ansicht, daß der Abs. 2 mit den Worten „diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist" nicht die Erlaubnis, sich überhaupt zu verteidigen, betrifft, sondern die Grenzen der Verteidigung bezeichnet, wird aber als die richtigere deutlich erkennbar durch die Vergleichung mit § 53 III, welcher den Fall behandelt, daß der Täter über diese Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist. Denn wenn es in § 53 III heißt: „über die Grenzen", so können damit nur die Grenzen gemeint sein, die der unmittelbar vorhergehende Absatz eben als Grenzen angibt. c) Die Ansicht, daß das geltende Recht kein Ausweichen gegenüber dem Unrecht verlangt hat, empfiehlt sich endlich auch praktisch. Man kann durchaus der Meinung sein, daß der Gesetzgeber das Maß und die Art der Abwehr gegenüber Angriffen schuldlos oder fahrlässig handelnder Personen einschränken sollte, und doch dabei bleiben, daß man sich andererseits gegen jeden rechtswidrigen Angriff wehren darf. Wenn eine Menge von Hausbewohnern aus den Fenstern sieht, wie Jugendliche sich mit Schneeballen werfen, oder wenn sie etwa hinaussehen, um zu beobachten, ob Vorübergehende dies oder jenes tun, so dürften sie sich nicht wehren, falls die auf der Straße Befindlichen jeden, der seinen Kopf nach der Straße herausstreckt, mit Schneeballen oder mit Schlimmerem bewerfen. Sie brauchten ja nur ihren Kopf ein wenig zurückzuziehen. Das wäre eine unschimpfliche Flucht, und die Zuschauer verfolgten ja kein „berechtigtes eigenes Interesse". Vielleicht haben sie nur aus Langeweile oder aus Neugierde ihren Kopf aus dem Fenster gestreckt. Wenn sie den Jungen, die nach den außen hervorschauenden Köpfen werfen, Schimpfworte sagen, riskieren sie bei folgerichtiger Anwendung der reichsgerichtlichen Ansicht eine strafgerichtliche Verfolgung!

Prof. Dr. Köhler, Erlangen.

rufspflicht, die ihm besondere Aufmerksamkeit auferlegt.†)

Nach der tatsächlichen Auffassung des SchöffG. war dem Angekl., der Rektor an einer Volksschule ist, von seiner Tochter mitgeteilt worden, daß ihr Mitschüler, der jetzige Nebenkläger Alfred Sch., ihr während einer Schulpause das Kleid hochgehoben und sie zwischen die Beine gefaßt habe. Er bestellte darauf am nächsten Tage den Alfred Sch., und zwar unter Übergehung dessen Klassenlehrers in seine Wohnung und sagte zu ihm, er wisse ja, weshalb er zu ihm, dem Rektor, kommen müsse. Als Sch. dies verneinte, bog ihn der Angekl. ohne weiteres übers Knie und verabfolgte ihm mit einem Rohrstock eine Tracht Prügel über das Gesäß, so daß Sch. körperlich verletzt wurde. Nach den weiteren Urteilsfeststellungen ist davon auszugehen, daß die Angaben der Tochter des Angekl. nicht der Wahrheit entsprochen haben und daß demgemäß der Nebenkläger Sch. die Schläge „mit Unrecht" erhalten hat. Der Angekl. hatte schon früher einmal zwei andere Schulknaben wegen angeblicher unsittlicher Angriffe gegen seine Tochter gezüchtigt. Auch diese Schulknaben haben die Bezichtigungen der Tochter des Angekl. als unwahr hingestellt.

Das SchöffG. führt — und zwar insoweit in rechtlich nicht zu beanstandender Weise — aus, daß der Angekl., dem an sich ein Züchtigungsrecht gegen den Alfred Sch. zustand, die Züchtigung zu Erziehungszwecken und im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften über das Züchtigungsrecht in preuß. Volksschulen, insbes. der Nr. 4 AllerhKabO. v. 4. Mai 1825 (vgl. RGSt. 43, 281, 282) vorgenommen, sich hierbei auch nur der zulässigen Züchtigungsmittel in zulässiger Weise bedient habe. Es hat deshalb die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung verneint und den Angekl. freigesprochen.

Dagegen hat es eine Prüfung der Frage, „ob die Züchtigung in diesem Falle angebracht war oder ob nicht vielmehr der Angekl. erst die Angaben seiner Tochter hätte nachprüfen müssen", ausdrücklich abgelehnt, weil nach der von ihm angeführten Rspr. des RG. (RGSt. 20, 93 f.) „die Nachprüfung hierüber allein Sache der Disziplinarbehörde sei, die sich im vorliegenden Falle der Sache bereits angenommen habe".

Nach der Auffassung der Rev. hätte das SchöffG. eine solche Nachprüfung vornehmen müssen. Sie ist weiter der Ansicht, daß der Angekl. in dem hier gegebenen Falle zur Züchtigung des Nebenklägers überhaupt nicht berechtigt gewesen sei, weil dieser sich keine Verfehlung habe zuschulden kommen lassen. Die irrige Annahme des Angekl. vom Vorliegen einer solchen sei von ihm durch Fahrlässigkeit verschuldet. Der Angekl. hätte daher bei Anwendung des § 59 Abs. 2 StGB. wegen fahrlässiger Körperverletzung i. S. des § 230 Abs. 1 und 2 das. bestraft werden müssen.

Das Rechtsmittel ist begründet.

Die Ausübung eines Züchtigungsrechts durch den Lehrer setzt voraus, daß ein überhaupt eine Ahndung im Wege der Schulzucht erforderndes Verhalten des Schülers außer Frage steht. Diese Voraussetzung wird beispielsweise dann gegeben sein, wenn der zum Anlaß für die Züchtigung genommene Vorgang und die Person des Täters Gegenstand der eigenen Wahrnehmung des Lehrers gewesen sind. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfange innerhalb der zugelassenen Grenzen ein solches — also objektiv feststehendes — Verhalten Anlaß zur körperlichen Züchtigung des Schülers geben könnte, unterliegt dann allerdings der pflichtmäßigen Beurteilung der Schulorgane. Anders liegt dagegen der Fall, wenn ein solches Verhalten des Schülers nicht ohne weiteres klar zutage liegt, sondern erst im Wege einer Untersuchung festzustellen ist. Für die Annahme, daß es sich auch bei diesen Feststellungen lediglich um Ermessensfragen der Schulbehörde handle, ist kein innerer Grund vorhanden. Vielmehr kann die Feststellung, wie sich ein Schüler in tatsächlicher Hinsicht verhalten habe, wie von jedermann, so insbes. auch vom Strafrichter getroffen werden. Von der Feststellung, ob sich ein Schüler überhaupt strafwürdig verhalten habe, hängt aber die Beantwortung der weiteren Frage ab, ob in dem jeweils gegebenen Falle eine Züchtigung zulässig war. Ergeben die, wenn auch erst nachträglich vorgenommenen Ermittlungen, daß überhaupt kein irgendwie geartetes strafwürdiges Verhalten des Schülers vorlag, das Anlaß zu einer Züchtigung hätte geben können, so war jede Züchtigung objektiv unzulässig und die durch eine solche herbeigeführte körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung des Schülers rechtswidrig. Hat in einem solchen Falle der Lehrer über die tatsächlichen Voraussetzungen eines — hiernach nicht gegebenen — Züchtigungsrechts in entschuldbarer Weise geirrt, so ist gemäß § 59 Abs. 1 StGB. seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung i. S. des § 340 StGB. ausgeschlossen. Dagegen würde der Lehrer aus dem Gesichtspunkte des § 59 Abs. 2 StGB. wegen fahrlässiger Körperverletzung i. S. des § 230 das. zu bestrafen sein, wenn der Irrtum durch Fahrlässigkeit verschuldet wäre. Für die Prüfung dieser Fragen ist aber der Strafrichter gleichfalls zuständig.

Dieser Auffassung steht die vom SchöffG. angeführte Rspr. des RG. nicht entgegen. Allerdings ist in dem in RGSt. 20, 93, 98 abgedruckten Urt. des 1. StrSen. und in anderen Urt. dieses Sen. — vgl. RGSt. 5, 193 f., sowie RGEntsch. v. 8. Febr. 1915, I 6/15: LZ. 1915, 694 —, ferner im Urt. des 2. StrSen. v. 18. Dez. 1883 (RGSt. 9, 202, 203 [1])) teils dem Wortlaut, teils dem Sinne nach der allgemeine Gedanke zum Ausdruck gelangt, daß nur von den Schulorganen beurteilt werden könne, ob in dem Verhalten eines Schülers ein Anlaß zu einer Züchtigung überhaupt oder in dem angewendeten Maße gegeben gewesen, daß also insoweit eine Nachprüfung dem Strafrichter entzogen sei. Die insoweit in Betracht kommenden Redewendungen könnten allerdings zu Zweifeln Anlaß geben, wenn sie losgelöst von dem Zusammenhange, in dem sie stehen, betrachtet werden würden. Wie dieser Zusammenhang indes ergibt, war es in keinem der den angeführten Entsch. zugrunde liegenden Fälle zweifelhaft gewesen, daß die gezüchtigten Schulkinder die ihnen vorgeworfenen Handlungen begangen hatten. Nur die Entsch. darüber, ob diese — objektiv feststehenden — Handlungen „Anlaß zur Züchtigung überhaupt oder in dem angewendeten Maße" hätten geben dürfen, kam damals in Frage; die Prüfung lediglich dieser Fragen sollte dem Strafrichter entzogen und den Schul- oder Dienststrafbehörden vorbehalten sein. Überdies haben der 1. und 2. StrSen. des RG. auf Anfrage dem jetzt erk. Sen. erklärt, daß die erörterten Redewendungen in den früheren Entsch. in dem vorstehend dargelegten Sinne zu verstehen seien. Hiernach bedarf es nicht einer Anrufung der VerStrSen. gemäß § 136 Abs. 1 GVG.

Nach dem Ausgeführten hätte das SchöffG., da schon der bisher festgestellte Sachverhalt dazu nötigte, prüfen müssen, ob die irrige Annahme des Angekl., seine Tochter sei vom Nebenkläger unsittlich belästigt worden, dieser habe sich daher in einer die Anwendung des Züchtigungsrechtes gegen ihn rechtfertigenden Weise verhalten, durch Fahrlässigkeit verschuldet war. In dieser Richtung hätte von Bedeutung sein können, ob der Angekl. etwa im Hinblick auf frühere Vorkommnisse oder auf ihm bekannte persönliche

[1]) Richtig „303".

Zu 10. Die Auffassung des RG. über die Pflicht des Strafrichters zur Feststellung der tatsächlichen Vorgänge halte ich für unwiderleglich. Das Untergericht hat weder den ihm vorliegenden Fall noch die RGSt. 20, 93 und 9, 303 (nicht 202!) mit der erforderlichen Genauigkeit beachtet. Der 3. Sen. ist hier völlig einig mit dem 1. und 2. Sen. Es hätte der merkwürdigen Befragung der beiden Senate nicht bedurft (s. zu dieser Frage jetzt vor allem Gerland: GerS. 100, 97 ff.).

Ich mache übrigens darauf aufmerksam, daß hier der erk. Sen. die Auffassung der beiden anderen Senate nicht richtig wiedergibt. Es heißt dort, daß, „wenn der Lehrer bei Ausübung des Züchtigungsrechtes sich innerhalb der ihm durch Landesrecht gesetzten Grenzen gehalten", nur im Disziplinarweg entschieden werden könne, ob ein Anlaß zur Züchtigung vorlag. Der Bedingungssatz wird im Zitat weggelassen; er beeinflußt aber den Hauptsatz wesentlich. Ob die Bedingung vorlag, ob also Rechtswidrigkeit oder rechtliche Zulässigkeit des Handelns des Lehrers vorlag, das hat der Strafrichter zu entscheiden. Und sogar innerhalb des Züchtigungsrechts in abstracto hat nur der Strafrichter zu entscheiden, ob dies in concreto so, wie geschehen, ausgeübt werden durfte. Insofern sind die älteren Entsch. unrichtig; aber im vorliegenden Fall ist das ja ohne Bedeutung.

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

Eigenschaften seiner Tochter an deren Wahrheitsliebe zu zweifeln Anlaß hatte und ob ihm deshalb oder überhaupt nach der tatsächlichen Lage des hier gegebenen Falles zuzumuten war, *vor* der Züchtigung des Sch. zwecks objektiver Feststellung des Sachverhalts eine — möglichst durch eine unbefangene dritte Person vorzunehmende — Untersuchung durch Vernehmung der vorhandenen Zeugen des angeblichen Vorfalles anzustellen, zum mindesten auch dem Sch. den Gegenstand der Beschuldigung bekanntzugeben und ihn darüber zu hören. Hätte sich bei den hierauf auszudehnenden Feststellungen ergeben, daß der Angekl. auf Grund völlig unzureichender Unterlagen, leichtfertig und vorschnell sich ein Urt. über das tatsächliche Vorliegen der dem Sch. vorgeworfenen Verfehlung gebildet und deshalb fahrlässigerweise den Fall einer zulässigen Züchtigung für gegeben erachtet habe, obschon Sch. unschuldig oder doch mindestens seine Schuld nicht erweislich war, so hätte der Angekl. nach dem Ausgeführten auf Grund der § 59 Abs. 2, 230 StGB., und zwar auch auf Grund des Abs. 2 der letzteren Vorschrift, bestraft werden müssen. Denn die Pflicht des Angekl., sich darüber zu vergewissern, ob ein ihm unterstellter Schüler überhaupt eine Handlung begangen habe, die Anlaß zur Ausübung des Züchtigungsrechtes gegen ihn hätte geben können, ist eine Amts- oder Berufspflicht i. S. des § 230 Abs. 2 a. a. O., die dem Angekl., wenn er in Ausübung des ihm allgemein zustehenden Züchtigungsrechtes handeln wollte, besondere Aufmerksamkeit auferlegte (vgl. RGEntsch. v. 30. April 1913, I 1411/12).

Wäre dagegen das SchöffG. zu der tatsächlichen Auffassung gelangt, daß der Angekl., als er den Sch. züchtigte, die Möglichkeit, daß sich dieser überhaupt nicht unsittlich vergangen hatte und daß daher ein Unschuldiger getroffen werden könne, in seine Vorstellung aufgenommen hatte, daß er aber gleichwohl auch diesen Erfolg für den Fall seines Eintritts gebilligt und deshalb die Handlung trotz ihrer als möglich erkannten rechtswidrigen Folge ausgeführt, daß er also mit bedingtem Vorsatz gehandelt habe, so wäre eine Bestrafung des Angekl. wegen Vergehens gegen § 340 Abs. 1 StGB in Frage gekommen (vgl. RGRspr. 3, 451; 9, 686 und RGSt. 5, 129 f.).

(3. Sen. v. 16. April 1931; 3 D 34/31.) [A.]

11. §§ 59, 284, 284 a, 285 StGB. *Der allgemeine Irrtum des Täters über die Notwendigkeit polizeilicher Erlaubnis für den Spielbetrieb stellt einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum dar. Dagegen ist die Annahme des Täters, daß es vorwiegend auf die Geschicklichkeit des einzelnen Spielers ankomme, ob er mit Gewinn oder Verlust arbeite, ein die Strafbarkeit ausschließender Irrtum über das Vorhandensein eines für den Begriff des „Glücksspiels“ wesentlichen Tatumstandes.*

Der Rev. ist zuzugeben, daß die Annahme der StrK., die Angekl. hätten geglaubt, daß eine polizeiliche Erlaubnis für den Spielbetrieb vorliege, mit den weiteren Feststellungen des Urt. nicht durchweg in Einklang zu bringen ist, und daß ein allgemeiner Irrtum der Angekl. über die *Notwendigkeit* einer solchen Erlaubnis einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum darstellen würde (RGSt. 64, 355, 357). —

Die Freisprechung der Angekl. von der Anklage des Vergehens gegen die §§ 284, 284 a, 285 StGB. wird aber durch die weitere Feststellung des Urt. getragen, die Angekl. seien der Überzeugung gewesen, daß bei der Anlage der Spielapparate und der Spielweise die Geschicklichkeit in erheblichem Maße ausschlaggebend sei, daß es jedenfalls vorwiegend auf die Geschicklichkeit des einzelnen Spielers ankomme, ob er mit Gewinn oder Verlust arbeite. Damit ist festgestellt, daß dem Angekl. die Tatsache, daß bei dem hier fraglichen Spiele Gewinn und Verlust wesentlich vom Zufall abhingen, nicht bekannt gewesen ist; sie haben sich also im Irrtum über das Vorhandensein eines für den Begriff des „Glücksspiels“ wesentlichen Tatumstandes befunden, der nach § 59 StGB. ihre Strafbarkeit ausschließt (RGSt. 41, 331/34; 43, 23). Die Meinung der Rev., die StrK. habe nicht geprüft, ob die Angekl. bei ihrer Einstellung die an den Spielen beteiligten *Personenkreise* berücksichtigt hätten, findet in dem festgestellten Sachverhalt keine Stütze.

(2. Sen. v. 13. April 1931; 2 D 270/31.) [A.]

12. § 67 Abs. 4 StGB. *Eine Handlung ist im Sinne dieser Vorschrift erst dann begangen, wenn die Tat beendet ist.* †)

Die StrK. hat zu Unrecht angenommen, die Strafverfolgung Sch.s sei bereits verjährt gewesen, als am 23. April 1930 seine Vorladung vom AG. verfügt wurde. Nach § 67 Abs. 4 StGB. beginnt die Verjährung mit dem Tage, an dem die Tat begangen worden ist. Wenn aber ein Teil der Auflage der Zeitung erst am 24. Okt. 1929 der Postzeitungsstelle übergeben worden ist, so mochte, was die StrK. entsprechend der Behauptung des Angekl. als unwiderlegt annimmt, ein Teil der Auflage schon am 23. Okt. 1930 ausgegeben worden sein, und es hätte sich doch die Ausgabe in den 24. Okt. hinein erstreckt. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist eine Handlung i. S. der genannten Gesetzesstelle erst dann begangen, wenn die Tat beendet ist, hier also nicht früher als am 24. Okt. Dann war die Strafverfolgung noch nicht verjährt im Zeitpunkte der richterlichen Handlung v. 23. April 1930. Ob gerade die fragliche Nr. 29 zum Teil erst am 24. Okt. ausgegeben worden ist, läßt sich allerdings dem angefochtenen Urteil nicht mit voller Bestimmtheit entnehmen. Dieses spricht davon, daß die Schriftleitung gerade bei jener Nummer „die Lieferung schon am Mittwoch verlangt habe“. Dabei ist nicht ersichtlich, wer hier als der Empfänger des „Verlangens“ gemeint ist. Sollte damit gesagt sein, die Schriftleitung habe die ganze Auflage auch der *Postzeitungsstelle* schon damals aufliefern lassen, so kommt das im Urteil nur unklar zum Ausdruck. Im Gegenteil würde dafür, daß die beschleunigte Ausgabe nur einen Teil der Auflage betroffen

---

Zu 12. Es fragt sich, ob bei Vornahme der richterlichen Handlung am 23. April 1930 die Strafverfolgung schon verjährt war. Da nach § 22 PreßG. die Strafverfolgung von Pressedelikten in 6 Monaten verjährt, so kommt es darauf an, ob die Straftat noch am 24. Okt. 1929 i. S. des § 67 Abs. 4 StGB. „begangen“ war.

In tatsächlicher Beziehung hält das Gericht es für möglich, daß die am 23. Okt. beginnende Verbreitung der Zeitungsauflage sich noch in den 24. Okt. hinein erstreckt hat. Wenn das der Fall war, so war die Straftat am 23. April 1930 noch nicht verjährt. Zwar war schon am 23. Okt. 1929 der strafrechtliche Tatbestand voll verwirklicht, das Delikt *juristisch* vollendet. Die Verjährungsfrist aber beginnt erst mit der „Begehung“ zu laufen, d. h. in dem Augenblick, in dem die Tathandlung *faktisch* beendet ist. Die faktische Tathandlung aber hat hier möglicherweise bis in den 24. Okt. hinein gedauert in der Art, daß die Einzelakte eine fortgesetzte Handlung darstellten. Wie hier die herrschende Meinung in Theorie und Praxis: vgl. u. a. LpzKomm., 4. Aufl., § 67 IV (S. 344 f.); *Frank*, 18. Aufl., § 67 II (S. 215 f.); *Olshausen*, 11. Aufl., § 67 Anm. 11, 14 (S. 377 ff.); RGSt. 6, 294, 412; 10, 203; 15, 370; 38, 387; 35, 267.

Ganz unhaltbar ist die Ansicht, daß die Verjährungsfrist mit der Vollendung des juristischen Tatbestandes schon im ersten Akt der Handlung zu laufen beginnt, so daß mit Verjährung des ersten Aktes auch spätere mit diesem im Fortsetzungszusammenhang stehende weitere Akte vor der Strafverfolgung bewahrt bleiben. Dann könnte man nach Ablauf einer solchen Verjährungsfrist die Handlung beliebig lange fortsetzen, ohne die Gefahr einer Bestrafung zu laufen. Das widerspräche auch dem Wortlaut des § 67 Abs. 4 StGB., der nur den Zeitpunkt des Erfolgseintritts für unerheblich erklärt, als entscheidenden, also doch wohl den zuletzt davor liegenden Zeitpunkt im Auge hat, nämlich den Augenblick, in dem die Handlung äußerlich zum Abschluß gekommen ist. Die Handlung muß also bis zu einem Stadium gediehen sein, wie es im § 46 Ziff. 2 StGB. bezeichnet ist, nämlich so weit beendet sein, daß es nur noch am Eintritt des Erfolges fehlt (die darüber hinaus gegen den Wortlaut des Gesetzes sogar den Erfolg verlangende Rspr. interessiert hier nicht). Die Verjährung der fortgesetzten Handlung beginnt also mit Beendigung des letzten Aktes, die von Pressedelikten insbes. mit dem letzten Verbreitungsakt. Das ist auch der Zeitpunkt, von dem an nach § 61 Satz 2 StGB. die Frist für die Stellung des Strafantrags zu laufen beginnt. Vgl. u. a. *Olshausen*, 11. Aufl., § 61 Anm. 34 (S. 344 f.); RGSt. 3, 326; 49, 66, 432.

Allenfalls ließe sich die Ansicht vertreten, daß neben der am Tage des letzten Aktes beginnenden Frist besondere Verjährungsfristen für die vorhergehenden Akte einer fortgesetzten Handlung selbständig einherlaufen, so daß z. B. im vorliegenden Falle die in den 23. Okt. fallenden Verbrechensakte für die Strafzumessung nicht mehr in Betracht kämen. So z. B. *Heinze* in Holtzendorffs Handb.

habe, die Bemerkung des Urteils sprechen, es bestehe die Möglichkeit, daß die Nummer „in K." bereits am 23. Okt. 1929 verbreitet worden sei, so daß eine Auflieferung bei der Post später geschehen sein könnte, und auf eine solche Annahme der StrK. deutet auch die anscheinend unbeschränkt geltende Feststellung aus der Aussage des Zeugen B., er habe „regelmäßig" die Zeitung erst Donnerstag nachmittags erhalten. Jedenfalls bedarf die Frage der näheren Aufklärung. Dabei wird aber zugleich zu prüfen sein, ob nicht die Handlung, von deren „Begehung" an die Verjährung lief, noch insoweit weiter dauerte (also am 23. Okt. 1929 noch nicht beendet war), als einzelne Stücke oder Posten der Nummer in der Geschäftsstelle noch am 24. Okt. 1929 abgegeben wurden.

(1. Sen. v. 17. Febr. 1931; 1 D 8/31.) [A.]

13. §§ 73, 185, 186 StGB.

1. Auch bei einer Formalbeleidigung nach § 185 StGB. ist die Führung des Wahrheitsbeweises nicht grundsätzlich ausgeschlossen, schon weil sie für die Strafzumessung in Betracht kommen kann.

2. Grundsätzlich zehrt, von Ausnahmefällen rechtlichen Zusammentreffens abgesehen, eine üble Nachrede nach § 186 StGB., wenn in ihr zugleich eine Formalbeleidigung nach § 185 StGB. liegt, eine solche Beleidigung auf.†)

Das SchöffG. hat in der Hauptverhandlung den Antrag, über die in den vier Zeitungsaufsätzen behaupteten Vorgänge die im Antrage benannten Zeugen zu vernehmen,

---

2 S. 617; Kohler: GoltdArch. 53, 160 ff.; v. Bar, Gesetz und Schuld 3 S. 406 f.; Beling, Lehre vom Verbrechen S. 385 ff. Auch diese Ansicht läßt sich indessen nicht halten. Weder aus der methodologischen Einsicht, daß der Fortsetzungszusammenhang eine teleologische Einheit darstellt (Kohler), noch daraus, daß der Fortsetzungszusammenhang, wie Beling behauptet, Tat-, nicht Handlungseinheit bedeutet, lassen sich m. E. n. zwingende Beweisgründe gegen die herrschende Lehre ableiten. Wenn man überhaupt mehrere Einzelakte zur Einheit der fortgesetzten Handlung zusammenfaßt, so ist es widersinnig und praktisch nicht geboten, diese Einheit für die Verjährung preiszugeben. Gegenstand der Verfolgung, Verurteilung und Rechtskraft ist die Einheit des historischen Geschehens in seiner Gesamtheit.

PrivDoz. Dr. Dahm, Heidelberg.

Zu 13. Es handelt sich um die Frage, ob zu Recht die Führung des Wahrheitsbeweises in einem Beleidigungsprozeß abgelehnt wurde, dessen Anklage lediglich auf § 185 StGB. gestellt war. Das RG. verneint dies. Wir müssen seine sehr knappe Begründung etwas ausführlicher auseinanderlegen.

I. Daß trotz der nur auf Grund des § 185 StGB. erhobenen Anklage der § 186 StGB. — statt dessen oder neben ihm — in Rechnung zu ziehen ist, falls dafür Anhaltspunkte vorliegen, folgt aus der Klageänderungsbefugnis und -pflicht des Gerichts nach §§ 155 Abs. 2, 264 StPO. Mit dem § 186 StGB. kommt dann aber auch jedenfalls die Führung eines Wahrheitsbeweises in Betracht. Das ist zweifellos (s. auch RGSt. 64, 11). Die Begründung des Untergerichts, der Antrag auf Erhebung des Wahrheitsbeweises über die Richtigkeit gewisser in den fraglichen Aufsätzen behaupteter Vorgänge werde abgelehnt, „weil die Anklage lediglich auf Formalbeleidigung i. S. des § 185 laute", ist daher jedenfalls in dieser Form verfehlt, wie das RG. mit Recht erinnert.

II. Das RG. bemerkt weiter, daß selbst in den Fällen des § 185 StGB., falls dieser in Betracht kommt, wie hier offenbar der Fall, die Führung des Wahrheitsbeweises nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei, „schon weil sie für die Strafzumessung in Betracht kommen kann".

Die Frage, ob und mit welcher Wirkung bezüglich einer an sich unter § 185 StGB. fallenden Kundgebung Wahrheitsbeweis in Betracht kommt, ist nicht unbestritten. Jedenfalls kann er sich nur auf Tatsachen, Lebenskonkreta beziehen, nicht auf Werturteile — hier kann nur die „Berechtigung", die „Richtigkeit" in Frage kommen — (s. auch Kern, Festschr. für R. Frank II, 343; W. Sauer, Die Ehre und ihre Verletzung, 1915, S. 145). Die h. M. bejaht mit Recht, daß im fraglichen Fall (§ 185 StGB.) Wahrheitsbeweis nicht ausgeschlossen ist. So bes. RGSt. 1, 262; 64, 11 u. die u. Ziff. 1 u. 2 zu zit. Entsch.; ebenso die Judikatur des RMilG., der OLG., s. z. B. OLG. Dresden: JW. 1930, 2582 [9], im übrigen s. die u. Ziff. 1 u. 2 zu zit. Entsch. So auch die Literatur, s. Olshausen, Komm. 1 zu § 192, 13 zu § 185, 4 zu § 190; LpzKomm. 1 zu § 190, 1 zu § 192; Frank, Komm. I zu § 190, II zu § 192; Allfeld, Lehrb. S. 376; Hälschner, D. Strafr. II, 204 A. 2; v. Schwarze, GS. 32, 569 f.; Gabler, üble Nachrede (Würzb. Diss. 1892) S. 42 f. und die u. Ziff. 1 u. 2 zu zit. sonstige Literatur. Die entgegengesetzte Meinung — Ausschluß des Wahrheitsbeweises hier — vertritt OLG. München St. 10, 60; H. Engelhard, Die Ehre als Rechtsgut, 1921, S. 129 und scheinbar auch Mezger, Bem. zu JW. 1931, 938 [11]. Des näheren ist zu unterscheiden:

1. Es handelt sich um Behauptung einer ehrenrührigen (i. S. des § 186 StGB.) Tatsache dem Betroffenen selbst gegenüber (daß dieser Fall unter § 185 StGB. zu stellen ist, darüber s. u. III). Hier muß zweifellos (a) Wahrheitsbeweis statthaft sein, und weiter (b) bei seiner Erbringung Straflosigkeit eintreten. Sonst würde sich das unmögliche Resultat ergeben, daß, wenn Dritten gegenüber ehrenrührige Tatsachen (i. S. des § 186) behauptet werden, Straflosigkeit bei Wahrheitsbeweis eintritt, dagegen Strafbarkeit, wenn solche dem Betroffenen selbst gegenüber ins Gesicht behauptet werden (s. KG.: JW. 1930, 2759 [5]; BayObLG.: Recht 1931 Nr. 119). S. in diesem Sinne für Statthaftigkeit (a) RGSt. 64, 11; RG.: JW. 1916, 1026 f. [2]; KG.: GoltdArch. 73, 310; JW. 1930, 2579 [5]; JurRdsch. 1926 Nr. 1438; OLG. Dresden: Recht 1931 Nr. 198; BayObLG.: Recht 1931 Nr. 119 = GoltdArch. 75, 291; Hälschner a. a. O. S. 204; Frank II zu § 192; LpzKomm. 1 zu § 192, 1 zu § 190; R. Schmidt, Grdr. d. Strafr., 2. Aufl., S. 270; Kern a. a. O. S. 343; Klee, Festschr. für R. Frank II, 373 A. 2; Sauer a. a. O. S. 90 o.; v. Schwarze a. a. O.; Unger und Weber zu JW. 1927, 1600 [9] und 1930, 3401 [9], s. auch Entw. 1927 § 320 Abs. 2 Satz 1; a. M. auch für diesen Fall OLG. München a. a. O. (i. c. Vorwurf der Kuppelei). Für Straflosigkeit bei erbrachtem Wahrheitsbeweis hier (b) vgl. RG.: JW. 1916, 1026 f. [2] = LZ. 1915, 1224 f. Nr. 25; KG.: GoltdArch. 73, 310 und besonders deutlich JW. 1930, 2579 [5] (zustimmend Mamroth das.); s. auch KG.: Recht 1929, 459 Nr. 644; weiter Hälschner a. a. O. S. 204; Olshausen 1 zu § 192; Frank II zu § 192; R. Schmidt a. a. O.; v. Schwarze a. a. O.; Sauer a. a. O.; Weber a. a. O.; Mannheim: JW. 1929, 2764 [13] Ziff. 1; s. auch Entw. 1927 a. a. O., offengelassen ist die Frage von OLG. Hamburg: JW. 1929, 2764 [13].

2. Schwieriger ist der andere Fall, bei dem es sich um an sich unter § 185 StGB. fallende abfällige Werturteile, Mißachtungsäußerungen handelt. An Wahrheitsbeweis kann man hier denken hinsichtlich unausgesprochener, das ausgesprochene Werturteil substanziierender Tatsachen (RGSt. 64, 11: „hierin gelegene" tatsächliche Behauptung) oder hinsichtlich mit ersterem explizite verbunden behaupteter, zu ihm in Beziehung gesetzter Tatsachen (RGSt. 64, 11: „mit ihr verbundene" tatsächliche Behauptung).

a) Daß der Wahrheitsbeweis bezüglich dieser Tatsachen für die Strafzumessung von Bedeutung sein kann, daher seine Erhebung in Frage kommt, steht wohl außer Zweifel: für die Beurteilung des „Wie" der Bestrafung kann es erheblich sein, ob die abfälligen Werturteile aus der Luft gegriffen oder durch erweisbare Tatsachen fundiert sind. Selbstverständlich ist dabei die Einschränkung zu machen, daß nicht alle unter § 185 StGB. (abgesehen von dem Fall Ziff. 1) fallenden Kundgebungen dem Wahrheitsbeweis zugänglich sind, wenngleich die Abgrenzungsformulierungen nicht immer glücklich sind (s. Olshausen, 1 zu § 185: nicht bei „rein formalen Beleidigungen i. e. S.", „bloßen Beschimpfungen"; RGSt. 55, 131: „formale Beleidigungen"; RG.: LZ. 1916, 1127 Ziff. 9: Beschimpfungen, die keine Beziehung zu irgendwelchen greifbaren Tatsachen enthalten; OLG. Hamburg: LZ. 1928, 1114 Ziff. 3: nicht bei formalen Beleidigungen, wie Beschimpfungen), das Wesentliche ist immer, ob eine Beziehung des Werturteils zu Tatsachen in Frage kommt. Innerhalb dieser Begrenzung ist es aber richtig, wenn unsere Entsch. betont, daß in den Fällen des § 185 die Führung des Wahrheitsbeweises für die Strafzumessung in Betracht kommen kann, so auch RGSt. 1, 262; 35, 232; 64, 11; RG.: LZ. 1916, 1127 Nr. 19; RG.: JW. 1916, 1026 f. [2] = LZ. 1915, 1224 f. Nr. 25; 1931, 938 Nr. 11; RMilG. 13, 115; 16, 252; 17, 67; 22, 223; OLG. Hamburg: LZ. 1928, 1114 Nr. 3; KG.: GoltdArch. 73, 310; s. auch KG.: Recht 1929, 36 f. Nr. 144 (wo von Unzulässigkeit nur betr. die Schuldfrage die Rede ist); Olshausen, 1 zu § 192; LpzKomm., 1 zu § 192: 1 zu § 190; Hälschner a. a. O. S. 204, 207 o.; Schütze, Lehrb. S. 368; v. Schwarze: GS. a. a. O. S. 570; Döhn: ZStW. 21, 509; Sauer a. a. O. 114, 117, 147 o.

b) Sehr zweifelhaft dagegen ist die Frage, ob der Wahrheitsbeweis bezüglich solcher Tatsachen auch für die Schuldfrage, das „Ob" der Strafbarkeit in Betracht kommen kann. Anders ausgedrückt, ob er dazu dienen kann, abfällige Werturteile als „richtig", „berechtigt" zu erweisen, und ob dann mit solchem Erweis der „Richtigkeit", „Berechtigung" die Strafbarkeit entfällt. Unsere Entsch. läßt dies offen („schon weil sie" usw.), ebenso RGSt. 64, 11 („mindestens für die Strafzumessung von Bedeutung") und OLG. Hamburg: JW. 1929, 2764 [13]. In der Literatur wird die Frage vielfach bejaht, so bes. von Frank, II zu § 192 (auch bei „Urteilsbeleidigung"); Olshausen, 1 zu § 192 (bei Nichthinausschießen des Werturteils); LpzKomm., 1 zu § 192, 1 zu § 190; v. Liszt-Schmidt, Lehrb. d. Strafr. 517; Binding, Lehrb.

abgelehnt, „weil die Anklage lediglich auf Formalbeleidigungen i. S. des § 185 laute“. Ferner heißt es, „aus der Bestrafung des Angekl. nur aus § 185 StGB. rechtfertige sich die Ablehnung des Beweisantrittes, durch den der Angekl. den im § 186 StGB. zugelassenen Wahrheitsbeweis habe führen wollen“. Aber auch wenn eine Anklage nur auf Grund des § 185 StGB. erhoben worden ist, hat das Gericht den § 186 StGB. in Rechnung zu ziehen, falls für ein Vergehen gegen ihn Anhaltspunkte vorliegen (§§ 155 Abs. 2, 264 StPO.); übrigens ist selbst in den Fällen des § 185 StGB. die Führung des Wahrheitsbeweises nicht grundsätzlich ausgeschlossen, schon weil sie für die Strafzumessung in Betracht kommen kann. Auch darf der § 186 StGB. nicht mit der Begründung ausgeschaltet werden, daß sich der Angekl. jedenfalls eines Vergehens gegen § 185 StGB. schuldig gemacht habe. Grundsätzlich zehrt — von Ausnahmefällen (RGSt. 41, 61 [66] und RG.: LZ. 1914, 1364 Nr. 27) abgesehen — eine nach § 186 StGB. strafbare Äußerung, wenn in ihr zugleich eine Beleidigung nach § 185 StGB. liegt, eine solche Beleidigung auf. Für jene Ausnahmefälle hat übrigens das RG. — was

---

d. Strafr., Bes. Tl. I S. 147; R. Schmidt, Grundr. S. 270; Mannheim: JW. 1929, 2764[13] Ziff. 1; OLG. Hamburg: GoltdArch. 47, 459 f. (Hinzufügung von „Rüpel“ zu einer als wahr erwiesenen Tatsachenbehauptung); s. auch noch (vgl. u.) Liepmann, Vergl. Darst. d. d. u. ausl. Strafr., Bes. Tl. IV, 319 (dagegen, daß der Betr. keine zusammenfassende oder gar temperamentvolle, wenn auch noch so berechtigte und übliche „Charakteristik“ an seine Behauptungen knüpfen dürfe); Kern, System. Abgrenz. d. Verbrechenselemente b. d. Beleid., 1912, S. 55 vgl. 16 (Richtigkeit des Urteils schließe Strafbarkeit aus, soweit das Urteil der Tatsachenbehauptung gleichzustellen ist). Die entgegengesetzte Meinung — Wahrheitsbeweis für die Richtigkeit eines unter § 185 fallenden Urteils sei hinsichtlich der Schuldfrage unerheblich — vertritt bes. RMilG. 13, 115; 22, 223 (die von Olshausen, 1 zu § 192, auf der Gegenseite gebuchte Entsch. RGSt. 35, 232 sagt dies jedenfalls nicht ausdrücklich, eher kann hier auf RGSt. 33, 53 hingewiesen werden, wo gesagt wird, der Wahrheitsbeweis sei kein „Freibrief“ für Hinzufügung weiterer, unter § 185 StGB. fallender Äußerungen). Bei der Entscheidung dieser Frage ist zunächst zu betonen, daß es sich um eigentliche abfällige Werturteile handeln muß, nicht um bloße „Charakterisierungen“ i. S. bloßer Zusammenfassungen von Tatsachen, wenn auch von — i. S. d. § 186 — ehrenrührigen Tatsachen, handeln darf, eine Unterscheidung, die nicht immer beachtet wird (aber z. B. wohl bei Liepmann und Kern a. a. O., weiter bei KG.: Recht 1929, 36 f. Nr. 144 — Gegenüberstellung von Beziehung auf die Gesamtpersönlichkeit und „Beleuchtung“ einer ganz bestimmten Eigenschaft — vorschwebt). Wenn aber dies der Fall ist, so wird doch wohl zu sagen sein, daß der Tatbestand der Beleidigung i. S. des § 185 StGB. an sich durch jeden Mißachtungsausdruck erfüllt wird, nicht bloß durch den „ungerechtfertigten“ (anders vor allem Frank in seiner Definition I zu § 185, s. auch I zu § 192, wie hier bes. Kern, Festschr. für R. Frank II, 338, s. auch System. Abgr. S. 58), daß das Unwerturteil „berechtigt“ sein kann, ohne daß damit auch ohne weiteres seine Kundgebung berechtigt ist (so, allerdings mit anderer Blickrichtung, Frank selbst, V zu § 185, s. auch Kern a. a. O. II, 352), und daß über die Frage, ob diese Kundgebung berechtigt und straflos ist, § 193 StGB. entscheidet (gegen seine Beiziehung hier Frank, II zu § 192, s. aber auch Radbruch: JW. 1930, 2582[9], der zunächst, ganz im Sinne Franks, meint: nur „unberechtigtes“ Werturteil begründe den Tatbestand formeller Beleidigung, für die „Berechtigung“ sei die Wahrheit der ihm zugrunde liegenden Tatsachen entscheidend, dann aber einschränkend beifügt: „zum mindesten“ könne bei „berechtigten“ Werturteilen die Rechtswidrigkeit der Beleidigung nach § 193 ausgeschlossen sein).

III. Das RG. führt dann weiter aus: der § 186 StGB. (gemeint ist: und mit ihm der Antritt des Wahrheitsbeweises, der bei § 186 jedenfalls in Betracht käme, wie man auch zu der Frage Ziff. II sich stellt), könne nicht, wie das Untergericht meine, mit der Begründung ausgeschaltet werden, daß sich der Angekl. jedenfalls eines Vergehens gegen § 185 schuldig gemacht habe. Denn selbst wenn § 185 an sich auf eine Äußerung zutreffe, so werde dadurch die Anwendbarkeit des § 186 nicht ausgeschlossen, ja sogar umgekehrt das Zutreffen von § 186 auf dieselbe würde grundsätzlich und für die Regel die Anwendbarkeit des § 185 auf dieselbe ausschließen; in Ausnahmefällen — was auch hier in Betracht kommen könne — wäre Idealkonkurrenz von Beleidigung i. S. des § 185 und übler Nachrede i. S. des § 186 gegeben (also § 186 wiederum nicht ausgeschlossen). Das Ebengesagte kommt in unserer Entsch. freilich nur unvollkommen zum Ausdruck, und außerdem kann es zweifelhaft sein, ob das Untergericht das vom RG. ihm Unterstellte wirklich gemeint hat (oder etwa sagen wollte, der § 186 treffe hier überhaupt nicht zu, sondern nur der § 185), seine Fassung ist freilich recht unklar. Das RG. hat damit die sehr umstrittene Frage angeschnitten, ob und wieweit Idealkonkurrenz eines Delikts i. S. des § 185 und eines i. S. des § 186 StGB. in Frage kommen kann. Das RG. verneint, wie in unserer Entsch. so auch sonst, das Platzgreifen von Idealkonkurrenz grundsätzlich — mit zwei sofort zu nennenden Ausnahmen — auf Grund der Erwägung, daß § 186 lex specialis sei gegenüber § 185, so RGSt. 24, 272; 41, 286; 52, 272; 59, 417; RG.: LZ. 1914, 1364 Nr. 27, 1658 Nr. 6; RG.: JW. 1914, 367[10]; 1923, 379[10]; 1928, 2226[24a]; 1930, 270[16], 3401[9]; 1931, 938[11]; s. weiter in diesem Sinne RMilG. 9, 72 f.; 15, 144 f.; 16, 250; BayObLGSt. 10, 449 ff. (eine wenig klare Entsch., die aber Idealkonkurrenz offenbar verneinen will); 14, 329; 20, 89; BayObLG.: LZ. 1919, 1024 Nr. 6; aus der Lit. LpzKomm. 1 zu § 186; Olshausen, 1 zu § 186; Schwartz, Komm., 9 zu § 186; Köhler, Lehrb. d. Strafr. I, 569; Kohler, Leitfaden des Strafr. 110; Döhn: ZStW. 21, 512; Schierloh, Strafr. Abh. Heft 209 (1925), 15 f.; Liepmann, Vergl. Darst. a. a. O. IV, 277 ff.; Allfeld, Lehrb. S. 381 A. 25 (Schierloh und Liepmann in der abgeschwächten Fassung, § 185 sei regelmäßig mit § 186 gegeben). Wir können diese Auffassung nach ihrer Begründung die „Spezialitätsauffassung“ (betr. § 186 StGB.) nennen. Die entgegengesetzte Auffassung, gestützt vor allem auf die Ansicht, daß § 186 StGB. ein andersartiges Delikt enthalte — wir können sie die „Aliudauffassung“ nennen —, ist in der Literatur vertreten von Frank, I zu § 186; v. Liszt-Schmidt, Lehrb. 514 bei und in A. 4 (mit Berufung auf § 192, dagegen speziell Schierloh a. a. O. 16 f.); Kern, Syst. Abgr. S. 14; ders. Festschr. a. a. O. II, 349; Engelhard a. a. O. 127, 129 und JW. 1923, 378[10] Anm.; Mezger: JW. 1931, 938[11] Anm.; Weber: JW. 1930, 3401[9] Anm.; Gabler a. a. O. 37 f.; wohl auch von OLG. Dresden: JW. 1930, 2582[9], s. auch Anton Heß, Die Ehre (1891) 27. Das RG. will aber, wie schon angedeutet, zwei Ausnahmen machen, in denen Idealkonkurrenz bejaht wird. Nämlich (a), wenn die Kundgebung (Behauptung ehrenrühriger Tatsachen) nicht nur an dritte Personen, sondern nach der Vorstellung und dem Willen des Täters auch an den Beleidigten selbst gerichtet ist, so RG.: LZ. 1914, 1364 Nr. 27, noch weitergehend R. Schmidt, Grdr. 270, oder umgekehrt in erster Linie gegenüber dem Beleidigten selbst stattfand, zugleich aber auch zu Gehör Dritter erfolgt ist, so RG.: JW. 1926, 1184[25], s. auch Pestalozza das. und Olshausen, 1 zu § 186, oder zur Weitergabe an Dritte bestimmt ist, so RGSt. 41, 66 (dagegen, auch hier für Konsumtion, Köhler a. a. O. 569 A. 2); RG.: JW. 1928, 2226[24a]; 1930, 270[16], 3401[9]. Sodann (b), wenn Einheit der Kundgebung, aber nicht dieselbe Äußerung vorliegt, Behauptung ehrenrühriger Tatsachen und Beleidigung i. S. des § 185 StGB. vielmehr in verschiedenen, selbständigen Gedankenäußerungen der einheitlichen Kundgebung gefunden werden, so RGSt. 34, 135; 55, 138; 59, 417; RG.: JW. 1914, 367[10]; 1923, 378[10]; 1928, 2226[24a]; 1930, 270[16], 3401[9]; 1931, 938[11]; RG.: LZ. 1914, 1658 Ziff. 6; RG.: HöchstRRspr. 1930 Nr. 1071; ebenso RMilG. 16, 250; BayObLGSt. 18, 125 f. (die sehr unklare Entsch. BayObLGSt. 10, 447 ff. will dagegen, wie es scheint, auch hier Idealkonkurrenz verneinen, s. S. 453); weiter LpzKomm. 1 zu § 186; Schwartz a. a. O. („in begleitenden Worten“); Olshausen 1 zu § 186; Allfeld, Lehrb. 381 („in begleitenden Worten“). Die „Spezialitätsauffassung“ des RG. mit ihrer Konsequenz (grundsätzliche Ablehnung der Idealkonkurrenz) ist wohl unzutreffend: § 185 enthält nicht den Gattungsbegriff gegenüber § 186 — es liegt dieser Ansicht eine Vermengung des Tatbestands des § 185 mit dem gesetzlich nicht vertypten Begriff der „Beleidigung“ im weitesten Sinn zugrunde —, vielmehr ein ganz Verschiedenes, Andersartiges („Aliud“). Diese Verschiedenheit wird im einzelnen wieder verschieden gefaßt. Häufig so: in § 185 handle es sich um Ausdruck eigener Mißachtung — in § 186 um Geben von Anlaß und Grundlage für fremde Mißachtung durch Behauptung, Verbreitung ehrenrühriger Tatsachen gegenüber Dritten. Oder (eine Art „Resttheorie“): § 185 enthalte alle Ehrangriffe, die nicht unter § 186 (187) fallen, aber koordiniert neben letzterem stehend (so Engelhard a. a. O. 120 f., 127; ders. JW. a. a. O. Anm. und — in etwas anderer Fassung — Kern, Syst. Abgr. 14; ders. Festschr. a. a. O. 348 f.). Oder, wohl richtig: § 186 sei aufzufassen wie nach der ersten Ansicht — § 185 aber nicht bloß auf Fälle des Ausdrucks eigener Mißachtung (α) zu beschränken, sondern enthalte noch weitere Fälle. Nämlich (β) Behauptung ehrenrühriger (i. S. des § 186) Tatsachen gegenüber dem Betroffenen selbst (nicht Geben von Anlaß und Grundlage für Mißachtung anderer, auch nicht — notwendig — Ausdruck eigener Mißachtung, aber Ehrangriff, weil Anlaß zu eigenem Mißachtungsurteil des Betroffenen über sich selbst gebend, s. speziell in dieser Richtung auch Engelhard a. a. O. 128, vgl. 53; R. Schmidt, Grdr. 268 Ziff. 1b; die durchaus h. M. subsumiert diese Fälle unter § 185 StGB., s. RGSt. 4, 402; 41, 66; 64, 11; RG.: LZ. 1914, 1367 Nr. 77; RG.: JW. 1914, 1026 f.[2]; 1916, 1184[25] und Pestalozza das.; 1930, 3401[9], s. auch RG.: LZ. 1928, 981 Nr. 1 a. E.;

auch hier in Frage kommen kann — angenommen, daß eine Beleidigung nach § 185 StGB. in rechtlichem Zusammentreffen mit einer üblen Nachrede nach § 186 StGB. begangen worden sei (vgl. noch RGSt. 1, 260; 59, 414 [417]; 64, 10 [11]; RGUrt. III 920/26 und 921/26 v. 20. Jan. 1927).

Nach dem allen ist die Sache gemäß §§ 353, 354 StPO. an das SchöffG. zurückzuverweisen.

(1. Sen. v. 8. Mai 1931; 1 D 293/31.) [A.]

14. § 153 StGB. **Die Eidesnorm eines zugeschobenen Eides ist der freien, nicht am Wortlaut haftenden Auslegung zugänglich.**

Es besteht kein Bedenken gegen die Annahme, daß die Angekl. durch die Ableistung des ihr von ihrem Sohne zugeschobenen und durch Beweisbeschluß angeordneten Eides etwas objektiv Unwahres beschworen hat. Die Eidesnorm lautete allerdings dahin: „Es ist nicht wahr, daß ich mit dem Verklagten am 1. April 1926 einen Pachtvertrag abgeschlossen und unterschrieben habe“, und es ist andererseits festgestellt, daß die Angekl., die bereits vor dem 1. April 1926 in eine Verpachtung ihres Anwesens an ihren Sohn gewilligt hatte, den von ihrem Sohn schon vor dem 1. April aufgesetzten Pachtvertrag erst am 4. April 1926 vorgelegt erhalten und unterschrieben hat, so daß sie bei rein formaler Betrachtung der Eidesnorm nichts Unwahres beschworen hätte. Allein das SchwG. hat festgestellt, der Sinn der Eidesnorm sei gewesen, daß die Angekl. darüber schwören solle, ob sie den ihr vor der Eidesleistung im Prozeß vorgehaltenen Pachtvertrag, der das Datum v. 1. April 1926 und ihre Mitunterschrift trug, mit dem Verklagten abgeschlossen und unterschrieben habe; daß dies der wirkliche Inhalt der Eidesnorm gewesen sei, darüber seien sich sämtliche Prozeßbeteiligte einschließlich der Angekl. einig gewesen. Diese Auslegung ist an sich möglich und liegt im übrigen auf tatsächlichem Gebiet. Daß auch die Eidesnorm des Parteieides der Auslegung fähig und bedürftig ist, hat das RG. wiederholt ausgesprochen (vgl. RGSt. 59, 344; 60, 78; 63, 49).

(1. Sen. v. 23. Dez. 1930; 1 D 636/30.) [A.]

15. § 153 StGB. **Erstreckt sich die Eidesnorm auf mehrere Tatsachen und ist auch nur eine dieser Tatsachen wahr, so liegt eine Eidesverletzung vor, wenn der Schwurpflichtige die Nichtwahrheit der in der Eidesnorm vereinigten Tatsachen, also hiermit jeder einzelnen von ihnen beschwört.**

Bei der Prüfung der Frage, ob der Eid, mit dem ein Schwurpflichtiger die Nichtwahrheit einer Behauptung des Gegners erklärt hat, i. S. des § 153 StGB. falsch geschworen sei, muß zwischen dem, was für die einzelne in der Eidesnorm enthaltene, der Vergangenheit angehörige Tatsache gilt, und dem unterschieden werden, was im Hinblick auf eine Mehrheit solcher in ihr eingeschlossener Tatsachen zu beachten ist.

Die einzelne Tatsache ist nicht wahr, wenn sie sich entweder überhaupt nicht oder nicht so verwirklicht hat, wie dies in der Bezeichnung von Zeit, Ort, Urheber, Gegenstand oder Art der Handlung oder Wahrnehmung angegeben ist. Weicht also die Bezeichnung der einzelnen Tatsache in der Eidesnorm auch nur bezüglich eines wesentlichen Tatsachenmerkmals von der Wirklichkeit ab, so ist es dem Schwurpflichtigen nicht verwehrt, die Nichtwahrheit dieser Tatsache zu beschwören.

Erstreckt sich aber die Eidesnorm auf mehrere Tatsachen und ist auch nur eine dieser Tatsachen wahr, so kann der

---

RMilG. 9, 73; 10, 39 f.; KG.: GoltdArch. 73, 310; dass. JW. 1930, 2579[5]; dass. Recht 1930, 265 Nr. 921; OLG. Düsseldorf: GoltdArch. 68, 315; Frank, II, 4 zu § 186; Olshausen, 3 zu § 185, 1 zu § 186, 1 zu § 192; LpzKomm. 1 zu § 186, 1 zu § 190, 1 zu § 192; Allfeld, Lehrb. 375 A. 2; R. Schmidt, Grdr. a. a. O.; Sauer a. a. O. 89 u.; Liepmann a. a. O. 259 Ziff. 2, 262 u. vgl. 237, 247; Klee a. a. O. II, 372 A. 2; in schiefer — negativer [nicht vor Dritten, unter vier Augen] — Fassung v. Schwarze a. a. O. 569 f. und Kern, Syst. Abgr. 34 c; ders. Festschr. a. a. O. 343, 348; a. M., für Subsumtion dieser Fälle unter § 186 StGB., Binding a. a. O. 158; Engelhard a. a. O. 127 ff.). Sodann (γ) sei § 185 StGB. auch auf Kundgebungen zu beziehen, die nicht Äußerungen der eigenen Mißachtung des Täters darstellen (die der Betr. gar nicht hegt), die aber, dem Täter bewußt, mit Grund dem Betroffenen oder Dritten als Äußerungen der Mißachtung oder mindestens der Nichtachtung erscheinen können, worin eben das Beleidigende liegt, z. B. Küssen eines fremden Mädchens vor oder ohne Zeugen, Sichnacktzeigen vor Frauen (OLG. Dresden: HöchstRRspr. 1929 Nr. 1882) u. ä., s. in dieser Richtung bes. Frank, I zu § 185; Olshausen, 3 zu § 185; Allfeld, Lehrb. 235 A. 2; Liepmann a. a. O. 263; auch Sauer a. a. O. 79, 91 (wenigstens nach der negativen Seite, Nichtausreichen der Kategorie: Äußerungen der eigenen Mißachtung, im übrigen abweichend, s. bes. 129, 136). Von „Mißachtungsäußerungen“ i. w. S. kann auch hier gesprochen werden (in diesem Sinn ist der Ausdruck oben II, 2 gebraucht). Gemeinsam ist diesen Differenzierungsversuchen (und noch anderen, nur die hauptsächlichsten konnten erwähnt werden), daß sie den Fall § 186 als Aliud fassen gegenüber dem Fall oder den Fällen des § 185 StGB., daher grundsätzlich die Möglichkeit von Idealkonkurrenz bejahen. Im einzelnen sind hier aber verschiedene Fälle und Fragen zu scheiden, die häufig nicht geschieden werden. 1. Es handelt sich lediglich um Behauptung, Verbreitung ehrenrühriger (i. S. des § 186) Tatsachen besonders auch in zusammenfassender Form (nur) gegenüber Dritten, wodurch § 186 erfüllt wird. Nach der Spezialitätsauffassung ist mit Erfüllung von § 186 auch immer (oder regelmäßig, s. o.) § 185 erfüllt, aber eben deshalb Idealkonkurrenz ausgeschlossen (solche Sachlage hat offenbar Döhn a. a. O. 509, vgl. 512; BayObLGSt. 10, 449 u. im Auge, wohl auch RGSt. 41, 286; 52, 272 und RMilG. 15, 144 f.). Für die „Aliudauffassung“ ist hier § 185 StGB. überhaupt nicht gegeben, daher auch nach ihr keine Idealkonkurrenz indiziert. 2. Es handelt sich nicht lediglich um solche Behauptung, Verbreitung ehrenrühriger (i. S. des § 186) Tatsachen (nur) gegenüber Dritten, sondern darüber hinaus mit spezieller Wertfärbung, mit Mißachtungsausdruck versehene solche Behauptung, Verbreitung, aber so, daß dieser Mißachtungsausdruck, die negativ wertende Wendung derselben Äußerung, demselben Sinnzusammenhang, Satz angehört, s. z. B. RGSt. 59, 417 („Giftspritzer“); RG.: JW. 1931, 938[11] („frecher“ Meineid), s. auch Olshausen, 1 zu § 185 (Gebrauch an sich unter § 185 fallender Ausdrücke). Die „Spezialitätsauffassung“ des RG. verneint hier ebenfalls Idealkonkurrenz, weil der äußere Tatbestand (§ 186) den weiteren betr. dieselbe Äußerung ausschließe (hierher gehören z. B. RG. 59, 417 — Aufgehen in § 186 —, JW. 1914, 367[10]; 1928, 2226[24a]; 1930, 270[16], 3401[9], in welch letzteren Entsch. der Unterschied gegenüber Ziff. 1 — Spezialfall der Tatsachenzusammenfassung — verwischt wird). Nach der „Aliudauffassung“ ist hier Idealkonkurrenz gegeben. 3. Es handelt sich um verschiedene Äußerungen, aber eine und dieselbe Kundgebung (nur) gegenüber Dritten, verschiedene Äußerungen, von denen die einen § 186 erfüllen als Behauptung, Verbreitung ehrenrühriger Tatsachen (i. S. des § 186) Dritten gegenüber, die anderen als Mißachtungsausdrücke unter § 185 fallen (s. die o. unter Ausnahme b zit. Stellen, bes. deutlich RGSt. 59, 417; RG.: JW. 1914, 367[10]; JW. 1931, 938[11]). Die „Aliudauffassung“ nimmt natürlich auch hier Idealkonkurrenz an, daß die „Spezialitätsauffassung“ des RG. hier dasselbe tut (s. o. Ausnahme b), ist im Grund eine Inkonsequenz gegenüber Ziff. 2, wie Engelhard, Bem. zu JW. 1923, 378[10], mit Recht ausstellt: ob eine Äußerung mit mehreren Worten, Wendungen (bzw. doppeltbedeutsamer Wendung) oder eine Kundgebung mit mehreren Äußerungen vorliegt, kann in dieser Beziehung keinen Unterschied machen, da ja doch in beiden Fällen „eine und dieselbe Handlung“ angenommen werden soll. 4. Es handelt sich um Behauptung ehrenrühiger (i. S. des § 186 StGB.) Tatsachen auch gegenüber dem Betroffenen, von der „Aliudauffassung“ aus ist hier natürlich Idealkonkurrenz gegeben (da hier auch, s. o., § 185 zutrifft), aber auch das RG. nimmt hier (s. o. Ausnahme a) Idealkonkurrenz an, auch hier im Grund eine Inkonsequenz, wenn § 186 lex specialis gegenüber § 185 ist, was übrigens gerade für diesen Fall eklatant unzutreffend ist (Kern, Syst. Abgr. 34 will § 185 nur, s. schon o., eingreifen lassen, wenn die ehrenrührige Behauptung nicht vor dritten Personen erfolgt ist, weshalb Idealkonkurrenz mit § 186 StGB. hier nicht in Frage komme, aber wesentlich für das Zutreffen von § 185 ist nach der oben entwickelten ratio das Positive, auch, nicht das Negative, nur). Sowohl nach der hier vertretenen Ansicht, wie nach der vom RG. vertretenen, ist aber für unsern Fall klar, daß § 186 und mit ihm der Wahrheitsbeweis nicht mit der Begründung ausgeschaltet werden darf, daß sich der Angekl. jedenfalls eines Vergehens gegen § 185 StGB. schuldig gemacht habe (wenn das untergerichtliche Urteil, s. o., so zu verstehen ist), denn entweder handelt es sich (falls überhaupt § 186 in Betracht kommt, s. o.) um Idealkonkurrenz von §§ 186 u. 185 StGB. (so nach unserer Auffassung und der des RG. in Ausnahmefällen, wie sie nach unserer Entsch. hier in Frage kommen können) oder um Anwendung von § 186 StGB. allein (so nach der Auffassung des RG. für die Regel). Die Entsch. ist also (immer vorausgesetzt, daß das untergerichtliche Urteil so zu verstehen ist) im Ergebnis hier zutreffend.

Prof. Dr. Hegler, Tübingen.

Schwurpflichtige die Nichtwahrheit der in der Eidesnorm vereinigten Tatsachen, also hiermit jeder einzelnen von ihnen nicht beschwören, ohne den Eid zu verletzen. Hierbei kommt nichts darauf an, ob ein Zusammenhang die wahre Tatsache mit der oder den anderen verbindet.

Das BG. hat gegen diese Grundsätze nicht verstoßen, indem es den von dem Angekl. geschworenen Eid für falsch erachtete, weil er zugleich mit der Nichtwahrheit von Tatsachen, deren Wahrheit nicht festgestellt werden konnte, die Nichtwahrheit der wahren Tatsache beschwor, daß er einen näher bezeichneten Zettel geschrieben habe.

(2. Sen. v. 4. Mai 1931; 2 D 388/31.) [A.]

16. § 153 StGB. Fortsetzungszusammenhang oder Tatmehrheit bei Meineid.

Die Rev. rügt, daß das SchwG. die Vorschrift des § 74 StGB. durch Anwendung verletzt und den Begriff des Fortsetzungszusammenhangs verkannt habe. Die Angekl. hat nach den Feststellungen des Urt. die bewußt falsche eidliche Aussage, die sie als Zeugin in dem Privatklageverfahren vor dem AG. gemacht hatte, vor dem BG. — gleichfalls eidlich — wiederholt. Das SchwG. hat angenommen, daß jeder der beiden Meineide als eine selbständige Handlung aufzufassen sei; es hat diese Ansicht damit begründet, daß jeder Meineid auf einem „selbständigen Willensentschlusse" beruhe, „zumal der Eidesleistung auch noch die jedesmalige richterliche Belehrung über die Bedeutung des Eides und die Verwarnung vor dem Meineide vorausgegangen sei".

Ob bei wiederholter wissentlicher Verletzung der Eidespflicht in demselben Verfahren mit Bezug auf dieselben Vorgänge Tatmehrheit oder eine fortgesetzte Handlung vorliegt, ist im wesentlichen Tatfrage. Fortsetzungszusammenhang würde dann vorliegen, wenn die Angekl. die beiden Meineide in Ausführung eines von vornherein gefaßten, auf beide Teilausführungshandlungen gerichteten Vorsatzes begangen hätte, vorausgesetzt, daß sie sich wenigstens der Möglichkeit einer mehrmaligen eidlichen Vernehmung in dem Privatklageverfahren von vornherein bewußt gewesen ist. Ob das SchwG. den Begriff des Fortsetzungszusammenhanges in diesem Sinne zutreffend erkannt hat, bleibt nach der Begründung, mit der es die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges abgelehnt hat, zum mindesten zweifelhaft. Wenn das SchwG. das Vorliegen eines „selbständigen Willensentschlusses" der Angekl. betont, so besteht jedenfalls die Möglichkeit einer Verkennung der Tatsache, daß es auch bei einheitlichem, von vornherein gefaßtem Vorsatze stets eines besonderen Entschlusses bedarf, um zu bestimmen, ob (und gegebenenfalls auch wie) jeweils der Vorsatz zu verwirklichen sei. Ein solcher besonderer Entschluß steht deshalb der Annahme eines fortgesetzten strafbaren Handelns nicht entgegen, sondern gehört gerade zu dessen Eigenart (RGSt. 55, 129; 58, 19, 183 ff.; 59, 281, 290, 291). Daß das SchwG. sich über den Begriff des Fortsetzungszusammenhanges in diesem Sinne nicht völlig klar gewesen ist, dafür spricht auch der Hinweis auf die Belehrung der Angekl. vor der jedesmaligen Eidesleistung. Eine solche Belehrung, die gesetzlich vorgeschrieben ist, würde der Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges nur dann entgegenstehen, wenn sie den von vornherein gefaßten Vorsatz irgendwie beeinflußt hätte, wenn insbes. die Belehrung die Angekl. zu dem Entschluß veranlaßt hätte, von der strafbaren Handlung Abstand zu nehmen, und wenn dann die strafbare Handlung erst auf Grund eines neu gefaßten Vorsatzes ausgeführt worden wäre.

(2. Sen. v. 21. Mai 1931; 2 D 456/31.) [D.]

17. § 184 StGB. Voraussetzungen für die Annahme der Unzüchtigkeit bei zu einer Serie gehörigen Abbildungen, die für sich allein betrachtet eine geschlechtliche Beziehung nicht erkennen lassen.†)

Rechtliche Bedenken bestehen dagegen, daß das BG. einzelne Postkarten, die für sich allein betrachtet, eine geschlechtliche Beziehung nicht erkennen lassen, doch um deswillen für unzüchtig erklärt hat, weil sie einer Serie von Abbildungen angehören und der Gesamteindruck der ganzen in sich abgeschlossenen Serie gewürdigt werden müsse. Es ist möglich, daß eine Reihe von Abbildungen auch äußerlich in einem Zusammenhange stehen kann, der dazu nötigt oder wenigstens in der Regel veranlaßt, sie nur zusammen oder unmittelbar nacheinander zu betrachten, und daß in einem solchen Falle die einzelne Abbildung nur noch als Teil des Ganzen wirkt, für sich allein jede Bedeutung verliert. Liegt der Fall so und ist das Ganze unzüchtig, so kann sich auch die Bestrafung auf das ganze Werk erstrecken ohne Rücksicht auf die Unzüchtigkeit der einzelnen Teile. Aber die Voraussetzung ist die Unselbständigkeit der einzelnen Teile. Daß ein solcher Fall gegeben wäre, ist nach den bisherigen Feststellungen des BG. keineswegs nachgewiesen. Es ist nicht einmal dargetan, daß die ganzen Serien als solche ausgestellt oder zum Verkauf vorgelegt worden seien, so daß es keiner Prüfung bedurfte, ob schon dadurch den aufgestellten Erfordernissen genügt sein würde. Wurden die zu den Serien gehörenden Postkarten auch einzeln feilgehalten, so würden sie ihre Selbständigkeit selbst dann nicht verlieren, wenn die Möglichkeit einer Zusammenstellung mit den anderen Karten bestände und die Unzüchtigkeit dieser anderen Karten würde eine Übertragung der ihretwegen eingetretenen Strafbarkeit nicht rechtfertigen.

Darüber, welche der einzelnen zu Serien gehörenden Postkarten für sich allein betrachtet eine geschlechtliche Beziehung nicht erkennen lassen, hat sich das BG. bisher nicht ausgesprochen. Die deswegen erforderliche tatsächliche Prüfung kann vom RevG. nicht vorgenommen werden.

Sollte das BG. wiederum zu einer Verurteilung kommen, diese aber nur wegen eines Teils derjenigen Postkarten und anderen Darstellungen aussprechen, so wird wegen des anderen Teils zwar keine Freisprechung zu erfolgen haben, es wird aber angebracht sein, die Ausscheidung der nicht als unzüchtig angesehenen Bilder von den unzüchtigen nicht nur beim Ausspruche über die Unbrauchbarmachung und Einziehung, sondern auch bei der Verurteilung selbst im erkennenden Teile des Urt. klarzulegen.

(2. Sen. v. 5. Febr. 1931; 2 D 1105/30.) [D.]

****18.** §§ 185, 186, 193 StGB.; §§ 167, 175 MilStGerO. Eine Äußerung, durch die einem Beamten die Befähigung für sein Amt abgesprochen wird, stellt sich als Beleidigung dar, die den Schutz des § 193 StGB. nur dann genießt, wenn der Täter ein eigenes oder ihn persönlich nahe angehendes Interesse hat wahrnehmen wollen. Bedeutung des Erfordernisses der Identität der den Gegenstand der üblen Nachrede bildenden Tatsache und der Tatsache, für die der Wahrheitsbeweis geführt wird. Ist einem Untersuchungsbeamten der Vorwurf gemacht worden, daß er den Beschuldigten absichtlich Vorschub geleistet habe, so genügt für den Wahrheitsbeweis nicht der Nachweis eines bewußten Vorschubleistens. Sind einzelne beleidigende Tatsachen behauptet worden, so können sie als unselbständige Belege einer allgemeineren Gesamtbehauptung nicht schon dann angesehen werden, wenn sie sich in der Gesamtbehauptung zusammenfassen lassen, sondern nur, wenn die Gesamtbehauptung in der Äußerung erkennbar enthalten ist. Nachprüfung der Bedeutung einzelner Behauptungen sowie des Wahrheitsbeweises durch das Revisionsgericht. Machtbefugnisse und Pflichten des Untersuchungsführers nach der Militärstrafgerichtsordnung. Der Antrag des beleidigten Nebenklägers, einen Vorgesetzten darüber zu vernehmen, daß die ihm vorgeworfene Handlungsweise

---

Zu 17. Die Entsch. ist zu billigen. Es ist zu begrüßen, daß das RG. daran festhält, daß jedes einzelne Stück auf seine Eigenschaft als unzüchtig zu prüfen ist. Ebenso ist schon in RG.: JW. 1927, 2713; 1928, 3050 erkannt. — Interessant und wichtig ist der letzte Absatz über die Abfassung des Urteils. Unsere deutschen Urteilsformeln sind in ihrer Abstraktheit inhaltlich viel zu dürftig. Die Österreicher mit ihrer inhaltlich viel reicheren Formel können uns da ein Vorbild sein. Die Anregung des RG. sollte beachtet werden!

Geh. JR. Prof. Dr. W. Mittermaier, Gießen.

nach den persönlichen Beobachtungen des Zeugen ausgeschlossen erscheinen müsse, hat kein reines Urteil, sondern dem Zeugenbeweis zugängliche Tatsachen zum Gegenstand.

A. Zur Revision des Angeklagten.

Nach Ansicht des BG. stellt der beanstandete Aufsatz zwei selbständige Behauptungen auf, die den Vorwurf, der Nebenkläger sei zum Dienst in der Reichsanwaltschaft ungeeignet, rechtfertigen sollen; einmal werde darin nämlich gesagt, seine juristischen Fähigkeiten reichten für diese Stellung nicht aus, zweitens werde erklärt, der Nebenkläger habe bei Führung der Untersuchungen in Sachen der Tötung Liebknechts und der Rosa Luxemburg den Tätern Vorschub geleistet. Diese Zergliederung des Aufsatzes liegt nur auf tatsächlichem Gebiet, sie verstößt nicht, wie der BeschwF. behauptet, gegen die Logik, sie ist auch sonst mit der Rev. nicht angreifbar. Sie wird vom BG. gestützt auf die im Aufsatz selbst, besonders im letzten Absatz, betonte Unabhängigkeit beider Vorwürfe voneinander und auf die Gegensätzlichkeit beider Behauptungen, von denen die über das Vorschubleisten die Erklärung enthalte, daß der Nebenkläger sich über die Folgen seiner Handlungsweise klar gewesen sei, während die andere gerade den Mangel an Befähigung und nur diesen zum Gegenstand habe. Die Ansicht des Verteidigers, die StrK. habe in dem Vorwurf mangelhafter juristischer Befähigung nur die Behauptung ungenügenden juristischen Wissens gefunden, hat im angefochtenen Urteil keine Stütze. Eine derartige tatsächliche Auslegung würde auch nicht mit der Rev. angreifbar sein. Bei jener Zerlegung ergab sich für das BG. aus dem Aufsatze rechtlich bedenkenfrei, daß der Vorwurf des Mangels an juristischer Befähigung vom Angekl. nicht in erkennbare Beziehung zu bestimmten äußeren Vorgängen, besonders nicht zu den für den anderen Vorwurf vorgebrachten Tatsachen, gesetzt worden ist, daß er nur ein Werturteil, eine Meinungsäußerung enthält, also eine Beleidigung i. S. des § 185 StGB., nicht eine üble Nachrede i. S. des § 186, darstellt und daß die Beleidigung, da sie zwar in demselben Aufsatz, aber in besonderen selbständigen Wendungen zu finden war, auch nicht von der wegen anderer Äußerungen dem Angeklagten zur Last gelegten üblen Nachrede i. S. des § 186 aufgezehrt werden und nur in Tateinheit mit ihr zusammentreffen könnte. Der Angekl. hat nach den getroffenen Feststellungen den in seiner ursprünglichen Form vom Journalisten S. herrührenden Aufsatz gelesen, überarbeitet und in dieser seiner eigenen Fassung mit Beleidigungsvorsatz veröffentlicht. Hiernach bestimmte sich seine Verantwortlichkeit zufolge § 20 Abs. 1 PreßG. nach den allgemeinen Strafgesetzen. Das BG. hatte den Angekl. also als Täter zu verurteilen. Soweit es, was aus den Ausführungen S. 8 der Urteilsabschrift nicht zweifelsfrei hervorgeht, den Angekl. rechtsirrig nur aus § 20 Abs. 2 PreßG. verurteilt haben sollte, wäre er dadurch nicht beschwert.

Mit zutreffender Begründung hat das BG. verneint, daß dem Angekl. der Schutz des § 193 StGB. zur Seite stehe. Der Angekl. nimmt als Schriftsteller einer politischen Monatsschrift keine Vorzugsstellung bei Erörterung öffentlicher Angelegenheiten ein. Er kann sich dabei auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen wirksam nur berufen, wenn es sich um eine eigene oder doch ihn persönlich nahe angehende Angelegenheit handelt (RGSt. 56, 380 [383]). Solche Voraussetzungen liegen hier nicht vor und sind vom Angekl. auch nicht behauptet. Ob es sich für den ursprünglichen Verfasser um eine ihn nahe angehende Angelegenheit handelte, ihm also Straffreiheit auf Grund des § 193 StGB. zukommen würde, ist für die Beurteilung der Frage, ob der Angekl. seinerseits in Wahrnehmung berechtigter Interessen handelte, ohne Bedeutung (RGSt. 26, 18). Mit Unrecht macht die Rev. dem angefochtenen Urteile den Vorwurf, daß es die Frage der Anwendung des § 193 StGB. nicht unter dem Gesichtspunkte eines tadelnden Urteils über wissenschaftliche oder gewerbliche Leistungen oder eines ähnlichen Falles geprüft habe. Die Dienstführung öffentlicher Behörden oder Beamten fällt nicht unter den Begriff der wissenschaftlichen oder gewerblichen Leistungen, und die Kritik der Befähigung eines Beamten stellt nicht einen ähnlichen Fall i. S. des § 193 StGB. dar (RGSt. 39, 311; 40, 347). Sie richtete sich hier nach der Auffassung der StrK. lediglich gegen die Person des Nebenklägers. Da die Verurteilung des Angekl. aus § 185 auch sonst nicht durch einen Rechtsirrtum zum Nachteil des Angekl. beeinflußt ist, war die Rev. des Angekl., die den Aufsatz unzulässigerweise in tatsächlicher Beziehung anders auslegen will als das LG., zu verwerfen.

B. Zur Revision des Nebenklägers.

I. Der Aufsatz enthält nach Auffassung der StrK. weiterhin den Vorwurf, der Nebenkläger habe in der Untersuchung wegen Ermordung Liebknechts und der Frau Luxemburg als untersuchungführender Kriegsgerichtsrat den Tätern Vorschub geleistet durch Vertuschung des Sachverhalts, Verschleppung und Gefährdung des Prozesses und Förderung der Flucht V.s, einen Vorwurf, der durch einzelne Tatsachen belegt und damit dem Wahrheitsbeweis zugänglich gemacht sei und infolgedessen dem § 186 StGB. unterfalle. Unter Vorschubleisten versteht das BG. hierbei, der Nebenkläger habe durch sein Tun oder Unterlassen, indem er sich der Tragweite seiner Handlungen voll bewußt war, die Täter günstiger gestellt, als sie es nach dem Gesetz zu beanspruchen hatten. Zu der Frage, in welchem Umfange bei dieser Beleidigung, um die Strafbarkeit auszuschließen, der Wahrheitsbeweis geführt werden müsse, wird im angefochtenen Urteil ausgeführt, für die allgemeine Behauptung des Vorschubleistens seien in dem Aufsatz jene Einzeltatsachen nur beispielsweise vorgebracht, könnten aber auch nunmehr andere vor der Verbreitung des Artikels liegende, dem Angekl. erst nachträglich bekannt gewordene Handlungen des Nebenklägers verwertet werden, und der Beweis der Wahrheit für die allgemeine Behauptung sei als geführt anzusehen, wenn auch nur einzelne wesentliche der vorgebrachten Tatsachen bewiesen würden und sich schon aus ihnen ergebe, daß der Nebenkläger durch sein Tun oder Unterlassen den Tätern Vorschub geleistet habe.

1. Das LG. erkennt an, daß für die Auslegung maßgebend ist, wie die beleidigenden Äußerungen nach Überzeugung des Gerichts von der Allgemeinheit oder dem engeren Leserkreis, an den sich der Aufsatz wendet, verstanden werden, und ob der Angekl. sich bewußt war, der Aufsatz könnte mindestens von einem Teil der Leser so aufgefaßt werden (RGSt. 63, 112 [115]). Das Urteil gibt aber verschiedentlich, worauf im einzelnen unten noch hingewiesen wird, zu dem Zweifel Anlaß, ob sich das BG. dieses Grundsatzes durchweg bewußt geblieben ist. Das gilt schon von der allgemeinen Annahme, in dem Aufsatz werde dem Nebenkläger nur zur Last gelegt, er habe den Tätern bewußt Vorschub geleistet. In einzelnen Behauptungen des Angekl. findet aber das BG. selbst den Vorwurf absichtlichen Handelns des Nebenklägers zugunsten der Täter. UA. S. 20 (Kurtzig verdrängt, um sich Gelegenheit zu verschaffen, die Täter günstiger zu stellen), S. 25/26 (absichtliche Ausschließung der Beisitzer), S. 30 (absichtliche Verzögerung der Vernehmung Wellers), S. 33 (absichtliche Einstellung), S. 37 (absichtlich im Interesse der Täter die Beschlagnahme und die Nachprüfung der zeitlichen Zusammenhänge unterlassen). Das BG. hat den von ihm bei diesen nichterwiesenen Behauptungen angenommenen Vorwurf der Absichtlichkeit bei Ermittlung des Sinnes der als erwiesenlich erachteten Beschuldigungen und des Gesamtvorwurfs völlig außer acht gelassen. Hätte es sie, wie erforderlich, in Beziehungen zueinander gebracht, wäre es möglicherweise zu der Ansicht gekommen, daß der Leser, mindestens der flüchtige Leser, den Gesamteindruck von dem Aufsatz gewinnen mußte, der Angekl. werfe dem Nebenkläger absichtliches Verschleppen, Verzögern und Vertuschen vor; dann wäre der Wahrheitsbeweis auch in dieser Richtung zu führen gewesen.

Da andererseits das BG., obwohl immer dasselbe zu beweisen war, fortgesetzt im Ausdruck Bewußtsein—Absicht wechselt und außerdem in der Schlußerwägung dem Bewußtsein nicht die Absicht, sondern die Beweggründe gegenübergestellt, so kann zweifelhaft werden, was das BG. unter bewußtem Vorschubleisten tatsächlich verstanden hat, ob es jene Begriffe rechtlich klar auseinander gehalten und die Behauptung absichtlichen Vorschubleistens als eine inhaltlich andere ehrenrührige Tatsache erkannt hat, als die des bewußten Vorschubleistens, für die allein der Wahrheitsbeweis als geführt erachtet worden ist.

2. Die Ausführungen des BG. über das Verhältnis von Einzelbehauptungen zu Gesamtvorwurf und den Umfang des Wahrheitsbeweises sind zum Teil rechtsirrig, zum Teil wenig-

stens für den vorliegenden Fall nicht zutreffend und durch das Urteil des erk. Sen. RGSt. 55, 129 nicht gedeckt, auf das das BG. sich bezieht.

Der Aufsatz enthält zwar die Angabe, daß die drei zur Kontrolle der Untersuchung bestellten Mitglieder des Berliner Zentral- und Vollzugsrats den Eindruck gehabt hätten, daß der Kriegsgerichtsrat J. die Untersuchung „verschleppe" und er besonders die Offiziere viel zu lange auf freiem Fuße gelassen habe, und diese Auffassung eignet sich der Verfasser des Artikels augenscheinlich an; insofern ist in dem Aufsatze selbst die allgemeine Behauptung der Verschleppung aufgestellt. Nicht aber enthält der Aufsatz selbst seinem Wortlaute nach eine allgemeine Behauptung, der Nebenkläger habe den Tätern Vorschub geleistet. Er führt in dieser Beziehung nur eine Reihe von Einzeltatsachen an, aus denen sich nach Ansicht des Berufungsgerichts jener allgemeine Vorwurf ergeben soll. In diesem Punkt unterscheidet sich der in RGSt. 55, 129 entschiedene Fall sehr wesentlich von dem jetzigen, und lassen sich deshalb die dort aufgestellten Grundsätze über den Umfang, in dem Wahrheitsbeweis zu führen ist, um eine Bestrafung aus § 186 StGB. auszuschließen, im vorliegenden Falle nicht ohne weiteres verwenden. Namentlich genügte es nicht, wenn das BG. in einzelnen Fällen ein Verhalten des Nebenklägers als nachgewiesen erachtete, das sich nach seiner Auffassung als ein Vorschubleisten darstellte, und konnte auch nicht ohne weiteres der Wahrheitsbeweis auf gleichartige, in dem Aufsatze nicht erwähnte Fälle ausgedehnt werden. Denn es ist an dem Erfordernis der „Identität" der behaupteten und der zu beweisenden Tatsache festzuhalten, wie vom 1. StrSen. in RGSt. 62, 95 mit Recht im Anschluß an die Grundsätze in RGSt. 55, 129 ff. (132 ff. Nr. 2 und 3) betont wird. Soweit eine allgemeine zusammenfassende Behauptung in der den Gegenstand des Beleidigungsverfahrens bildenden Äußerung nicht enthalten ist, muß sich vielmehr der Wahrheitsbeweis auf die einzelnen in der Äußerung enthaltenen beleidigenden Behauptungen beschränken.

Aber auch wenn man von der Ansicht der StrK. ausgeht, daß der Angekl. den allgemeinen Vorwurf des Vorschubleistens erhoben und ihn nur durch Einzeltatsachen beispielsweise belegt habe, ist nicht mit rechtlich einwandfreier Begründung dargelegt, daß der Beweis der Wahrheit geführt sei.

Das RG. hat im angeführten Urteil keinen Freibrief geben wollen und gegeben, unter dem Deckmantel beispielsweise vorgebrachter Belege unbeschränkt nach Zahl und Maß ehrenkränkende nicht erweislich wahre Einzeltatsachen zu behaupten, wenn sich nur überhaupt die Richtigkeit der Gesamtbehauptung ergebe. Es hat besonders hervorgehoben, daß eine Einzelbehauptung nur dann die Bedeutung einer selbständigen üblen Nachrede verlieren kann, wenn sie mit der Allgemeinbehauptung in solchem Maße zu einer Einheit verbunden ist, daß sie aus dem Zusammenhang überhaupt nicht zu lösen ist, ferner, daß die Einzelvorgänge neben ihrer Bedeutung als Beispiele für die Gesamtbehauptung auch selbständig von Belang sein können, daß sie je gesondert für sich und in ihren Beziehungen zueinander und zu der Gesamtbehauptung zu bewerten sind (S. 134) und daß die Prüfung der Erweislichkeit sich auf alle Einzelbehauptungen, und zwar zunächst auf alle ausdrücklich in der Kundgebung vorgebrachten, erstrecken muß (S. 132). Erst bei solcher erschöpfenden Prüfung und Abwägung kann eine bedenkenfreie Entscheidung darüber erzielt werden, ob Einzelbehauptungen etwa an und für sich oder doch nebenher als selbständige Beleidigungen in Frage kommen, ob die für oder die gegen die Richtigkeit der Sammelbehauptung sprechenden Tatsachen überwiegen und ob über die Nichterweislichkeit einzelner Vorgänge als nebensächlich hinweggesehen werden kann. Wird eine der behaupteten Einzelhandlungen überhaupt nicht erörtert, so kann unter Umständen nicht ausgeschlossen werden, daß der Beweis des Gegenteils das Urteil über die Erweislichkeit des angeblichen Gesamtverhaltens beeinflußt haben würde. Ebenso kann es liegen, wenn zwar eine der einzelnen Behauptungen als nicht erweislich wahr erkannt, aber nicht untersucht wird, welche Bedeutung etwa gerade ihr im Verhältnis zu den anderen Behauptungen und zu dem Gesamtvorwurf vom Leser der Kundgebung beizumessen war.

3. In dieser Beziehung treten besond. folg. Mängel hervor:

a) Unerörtert geblieben ist die Behauptung, der Kapitänleutnant v. Pf.-H. habe während der ganzen Untersuchungshaft sein Gewehr in der Zelle behalten dürfen. Es wäre zu prüfen gewesen, ob nach dem Zusammenhang dem Nebenkläger vorgeworfen werden sollte, daß er das gewußt und geduldet habe, und ob dieser Vorwurf an sich der allgemeinen Beschuldigung des Vorschubleistens im oben erläuterten Sinne zu unterstellen oder als eine selbständige üble Nachrede anzusehen war. Denkbar ist, daß sich bei Prüfung der Wahrheit dieser Behauptung Anhalt für das Gegenteil eines allgemeinen Vorschubleistens ergeben hätte.

b) Unerläßlich war die Nachprüfung der Beschuldigung, der Nebenkläger habe bei der Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung dem Angeklagten „nicht weh getan"; warum auf sie das Urteil nicht eingeht, ist nicht erfindlich. Als nebensächlich konnte dieser nicht mißzuverstehende schwere Vorwurf unmöglich angesehen werden. Hätte sich aus dem Verhalten des Nebenklägers in der Hauptverhandlung gegen die angeblich begünstigten Täter, besonders auch aus seinen im Schlußvortrag gestellten Anträgen ergeben, daß der Nebenkläger die Anklage sachgemäß und etwa mit besonderer Schärfe und Nachdruck vertreten und jedenfalls zur Herbeiführung der Verurteilung der überführten Täter alles getan habe, was in seinen Kräften stand, so konnte das möglicherweise gegenüber anderen Tatsachen, aus denen das BG. auf ein Vorschubleisten geschlossen hat, von so überragender Bedeutung sein, daß die Überzeugung des BG. erschüttert wurde, der Nebenkläger habe durch andere Handlungen und damit im allgemeinen, „indem er sich der Tragweite seiner Handlungen voll bewußt war", die Täter günstiger gestellt, als sie nach dem Gesetz zu beanspruchen hatten.

Überdies durfte das BG. von der Erörterung, ob dem Nebenkläger ein Vergehen gegen § 257 oder ein Verbrechen gegen § 346 StGB. und damit mehr als ein Vorschubleisten im bezeichneten Sinne, also daneben eine weitere ehrenkränkende Tatsache nachgesagt wurde, nicht wie geschehen, absehen, ohne in eine Erörterung des Verhaltens des Nebenklägers in jener Hauptverhandlung einzutreten, das vom Angekl. in einer Weise bemängelt wurde, daß die Annahme besonders nahe lag, der Leser des Aufsatzes sehe darin den Vorwurf eines strafbaren Verhaltens des Nebenklägers.

c) Als unwahr oder doch als nicht erweislich wahr sieht das BG. die in dem Aufsatz wiedergegebenen und vom Angeklagten in einem Nachsatz übernommenen Beschuldigungen des Zeugen R. an, insbes. also die Behauptung, der Nebenkläger habe zu ihm gesagt: „Nehmen Sie nur alles auf sich, vier Monate werden es nur, und Sie können sich dann immer wieder an uns wenden, wenn Sie in Not sind." Diese üble Nachrede ist aber im übrigen nicht gewürdigt worden. Sie enthält den Vorwurf, der Nebenkläger habe einen Angekl. durch unwahre Angaben zur Ablegung eines unrichtigen Geständnisses zu verleiten versucht und konnte als eine aus dem Rahmen des Vorschubleistens herausfallende Sonderbeleidigung angesehen werden. Es wäre aber auch zu prüfen gewesen, ob nach Ansicht der Leser dem Angekl. nicht ein Verbrechen gegen § 346 StGB. zur Last gelegt wurde, insofern er bei jenem Überredungsversuch in der Absicht gehandelt haben sollte, die anderen Täter vorsätzlich der Bestrafung zu entziehen, eine Ehrenkränkung, die durch den vom LG. angenommenen Nachweis des Vorschubleistens nicht gedeckt sein würde.

d) Den breitesten Rahmen nehmen im Aufsatz des Angeklagten die Ausführungen über die Befreiung des bereits verurteilten Leutnants V. ein. Es wird darin nicht nur die Ansicht anderer verbreitet, sondern, wie das LG. mit Recht annimmt, auch vom Angekl. die Auffassung vertreten, daß der Nebenkläger die Befreiung V.s gefördert habe. Die StrK. erörtert nur, ob objektiv eine solche Förderung nachweisbar sei, und verneint das. Die Fassung des Aufsatzes nötigte aber zu der Prüfung, ob sie nicht den Eindruck erwecken sollte und mußte, daß dem Nebenkläger zur Last gelegt werde, in der Absicht, V. der Strafvollstreckung zu entziehen, gehandelt zu haben. Die als „unerhört" bezeichnete, nach Ansicht des LG. aber vom Angekl. aufrechterhaltene Anschuldigung, der Nebenkläger habe selbst an der Vertuschung (bei der Flucht) mitgewirkt, geht zurück auf den einleitenden Satz: Wer es verstanden hatte, die Unterschrift des Kriegsgerichtsrats J. „so sorgfältig zu fälschen", ist niemals herausgekommen. Bei

diesem Zusammenhang und der Anwendung der Anführungsstriche mußte das Gericht, um die Anklage zu erschöpfen, die naheliegende Frage erörtern, ob nicht behauptet sei, die Unterschrift des Nebenklägers unter dem Herausgabebefehl sei gar nicht gefälscht, sondern echt gewesen, sei jedenfalls mit seinem Einverständnis zustande gekommen oder von ihm durchgelassen worden. Schon weil möglicherweise also eine Beschuldigung aus § 346 StGB. auch in diesem Teile des Aufsatzes gefunden werden konnte, durfte das BG. bei der Gesamtentscheidung darüber, ob eine strafbare Beleidigung vorliege, diesen Fall nicht, wie geschehen, außer Betracht lassen.

Das war aber auch dann unzulässig, wenn es nur die Behauptung eines bewußten Vorschubleistens durch die Schaffung oder Duldung äußerer, für die Flucht günstiger Umstände feststellen zu können glaubte. Schon die besondere Ausführlichkeit dieser Angriffe gegen den Nebenkläger, vor allem aber der letzte Absatz des Artikels, machten es unabweislich dem Gericht zur Pflicht, eingehend zu erwägen, ob denn nicht gerade hier der Kern der Verunglimpfung lag. In jenem Absatz, in dem der Angekl. offenbar das Endergebnis der vorausgehenden Erörterungen zusammenfassend kundgeben will, heißt es: „Aber abgesehen von der Befähigungsfrage: gegen diesen Mann schwebt mindestens noch immer der dringende Verdacht, daß er als Ankläger jenes Oberleutnants V. dessen Flucht selbst förderte, eine Flucht, die sein Intimus P. und der Dr. Fritz G. organisierten, der Verdacht ist auch heute nicht entkräftigt.“ Der Angekl. hat auch selbst in der Berufungsverhandlung als die dem Aufsatz zugrunde liegende allgemeine Behauptung den Vorwurf hingestellt, daß der Nebenkläger „die Täter habe laufen lassen“. Ergab sich aber, daß für den Leser erkennbar der Angekl. seine Behauptung, der Nebenkläger sei für seine Stellung als Reichsanwalt ungeeignet, abgesehen von der Befähigungsfrage hauptsächlich auf den schwersten „unerhörten“ Vorwurf der Förderung der Flucht V.s stütze und den anderen die Führung der Untersuchung betreffenden Behauptungen im Endergebnis weniger Bedeutung beimesse, so konnte diese Hauptbeschuldigung nicht mehr als nebensächliches Beispiel behandelt, ihre Nichterweislichkeit nicht als bedeutungslos für die Gesamtbehauptung des Vorschubleistens erachtet werden. Es mußte darüber hinaus vielmehr geprüft werden, ob hier nicht eine selbständige üble Nachrede vorlag.

e) Das BG. hätte, wie schon gesagt, auch alle anderen in dem Aufsatz aufgestellten beleidigenden Behauptungen, die als widerlegt oder als nicht erweislich wahr angesehen worden sind, mit denen, die es für bewiesen hält, in Beziehung setzen und unter gegenseitiger Abwägung die Entscheidung über den Wahrheitsbeweis treffen müssen.

Das angefochtene Urteil ist hiernach auf die Rev. des Nebenklägers — und zwar mit Rücksicht auf die Annahme rechtlichen Zusammentreffens mit dem Vergehen gegen § 185 StGB. in vollem Umfange — aufzuheben. Wegen jedes einzelnen der hervorgehobenen Mängel ist die Ablehnung der Verurteilung aus § 186 selbst dann bisher nicht gerechtfertigt, wenn alles, worauf das BG. den Nachweis für ein Vorschubleisten stützt, im einzelnen nicht zu beanstanden wäre.

II. Es ist aber auch insoweit auf folgende Bedenken hinzuweisen.

a) Der Nebenkläger hat ein anscheinend von einem der Beisitzer unterzeichnetes Schreiben des Vollzugsrats des Arbeiter- und Soldatenrats, in dem beantragt wurde, möglichst noch am 24. Januar den Sergeanten A. zu vernehmen, am Tage des Empfangs mit dem Ersuchen um Angabe des Beweisthemas zurückgeschickt, über das A. vernommen werden sollte. Das BG. meint „gerade in diesem Falle“ zeige sich, daß der Nebenkläger den Tätern durch Verschleppung der Untersuchung Vorschub geleistet und die Täter günstiger gestellt habe, als das Gesetz es erfordere. Zur Begründung wird nur angeführt, der Nebenkläger hätte sich im Laufe der Untersuchung — die er übrigens erst eine Woche führte — davon überzeugt, daß die Beigeordneten sachgemäße Anregungen gaben, und sei sich der Eilbedürftigkeit der Untersuchung bewußt gewesen. Nicht festgestellt ist, daß in dem Ersuchen A. als Tatzeuge und als Tatzeuge für den Fall Luxemburg oder aber für den Fall Liebknecht bezeichnet worden wäre, ob andere dringende Untersuchungshandlungen dem Nebenkläger am 24. Januar noch Zeit zur Vernehmung A.s gelassen hätten, wann A. vernommen worden ist, und ob er etwas Neues Dringliches von Bedeutung auszusagen gehabt habe. Bei so mangelhafter Erörterung läßt sich die Annahme nicht von der Hand weisen, daß das BG. die Pflichten eines Untersuchungsführers, wie sie sich aus der MilStGerO. ergaben, verkannt hat. Er hat pflichtgemäß abzuwägen, welche Untersuchungshandlungen i. S. des § 169 MilStGerO. erforderlich sind, welche vorzugsweise vor anderen zu erledigen sind; er hat den Zeugen zu veranlassen, dasjenige, was ihm vom Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben und nötigenfalls zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, weitere Fragen zu stellen (§ 194 MilStGerO.). Das BG. hätte unter Berücksichtigung dessen erwägen müssen, ob eine sofortige Vernehmung A.s unter Hintansetzung anderer Untersuchungshandlungen geboten und sachdienlich durchzuführen war, solange der Nebenkläger nicht wußte, ob der Zeuge zum Fall Luxemburg oder zum Fall Liebknecht, ob über die Tötung selbst oder über Vorbereitungshandlungen, Beweisanzeichen oder über was sonst er Auskunft geben sollte, und ob der Nebenkläger nicht zu rechnen hatte einmal mit der allgemeinen Erfahrungstatsache, daß viele Zeugen nicht zu bewegen sind, vor Gericht von sich aus ihr Wissen erschöpfend kundzugeben, und sodann mit der Möglichkeit, daß der Beisitzer, der das Schreiben unterzeichnet hatte, zur Vernehmung nicht erscheinen werde, zumal da nach dem Urteil am 25. Januar die Beerdigung Liebknechts stattfand und der 26. Januar ein Sonntag war. Daß der Nebenkläger das Beweisthema auf dem kürzesten Wege durch Anfrage unter urschriftlicher Rückgabe des Antrags erfahren konnte und erfahren hat, will das BG. wohl nicht bezweifeln. Nur nach sorgfältiger Prüfung in diesen rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen wird sich entscheiden lassen, ob der Vorgang A. den schweren Vorwurf des Vorschubleistens durch Verschleppung der Untersuchung rechtfertigt oder nicht vielmehr der Nebenkläger durch sein Verfahren, besonders durch eine sachgemäße Vorbereitung der Vernehmung, den ihm nach dem Gesetz obliegenden Pflichten auf schnellstmöglichem Wege nachgekommen ist.

b) Das gleiche gilt von dem Vorwurf, der Nebenkläger habe den Tätern durch Verschleppung Vorschub geleistet, insofern er den Portier Sch. erst zwei Wochen nach Eröffnung der Untersuchung vernommen habe. Auch hier ist eine schlüssige, die Pflichten des Untersuchungsführers berücksichtigende Begründung zu vermissen. Das Urteil spricht sich nicht darüber aus, ob denn der Nebenkläger die äußeren Umstände der Abfahrt beider Transporte vom Eden-Hotel nicht schon ohnehin kannte und ob und warum er erwarten konnte, daß Sch. die beim Abtransport beteiligten Militärpersonen würde bezeichnen können oder daß die Beteiligten vor den Augen und Ohren eines Hotelportiers etwas sie Belastendes getan oder geäußert hätten oder warum sonst er die Feststellung der Personalien und die Vernehmung des Hotelpersonals als dringlicher als andere Untersuchungshandlungen hätte behandeln müssen.

Die Fälle unter I 3 b und II a b lassen den auch sonst fühlbaren Mangel des Urteils erkennen, daß es auf den Gang der vom Nebenkläger geführten Untersuchungen und der Hauptverhandlung nicht eingeht und zum Teil Einzelvorgänge aus umfangreichen, in bewegter Zeit vor mehr als zehn Jahren geführten und nach dem Urteil durch allerlei Eingriffe erschwerten Untersuchungen herausreißt, um aus ihnen allein dem Untersuchungsführer allgemein ein bewußtes Vertuschen und Verschleppen nachzuweisen, ohne zu prüfen, ob sich diese Einzelvorgänge nicht aus dem Gang der Untersuchung und den obwaltenden Umständen erklären, und ob bei ihrem Zusammenhalt mit dem sonstigen Vorgehen des Untersuchungsführers der Vorwurf des bewußten Vorschubleistens sich aufrechterhalten läßt.

c) Der Gerichtsherr hat die Entlassung des Kapitänleutnants v. Pf.-H., der geltend gemacht hatte, Liebknecht sei bei einem Fluchtversuch von hinten erschossen worden, von dem Ergebnis der Leichenöffnung abhängig gemacht und dann die Freilassung angeordnet, als der Sektionsbefund nicht gegen einen Fluchtversuch Liebknechts sprach. Die StrK. führt dazu aus, der Nebenkläger hätte den Gerichtsherrn auf die

Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Haft hinweisen müssen, da schwerlich ein so schwer verletzter Mann einer so großen Anzahl junger rüstiger Soldaten entlaufen oder entkommen könne, ohne von Dritten dabei Hilfe erhalten zu haben. Hierbei und auch sonst war den besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen, die sich aus der Stellung des Untersuchungsführers zum Gerichtsherrn nach der MilStGerO. ergaben. Träger der Militärgerichtsbarkeit ist nach der MilStGerO. der Gerichtsherr. Er ordnet das Ermittlungsverfahren an und bestimmt über sein Ergebnis durch Einstellung, durch Anordnung der Anklageverfügung oder in anderer Weise, er befiehlt den Zusammentritt des erkennenden Gerichts. Die einzelnen Untersuchungshandlungen werden allerdings durch die Gerichtsoffiziere und die Militärjustizbeamten vorgenommen. Er ist aber stets berechtigt, vom Stande der Untersuchung Kenntnis zu nehmen und die ihm erforderlich erscheinenden Verfügungen zur Aufklärung der Sache zu erlassen (§ 167 MilStGerO.). In der Untersuchung haben die Oberkriegsgerichtsräte und Kriegsgerichtsräte seinen Weisungen Folge zu leisten (§ 97 Abs. 1). Seine Entscheidung und Verfügung sind von den Militärjustizbeamten mit zu unterzeichnen, wodurch diese die Mitverantwortlichkeit für die Gesetzlichkeit übernehmen. Gegen Weisungen und Verfügungen kann der Untersuchungsführer unter gewissen Voraussetzungen Vorstellung erheben, und es ist dann die einzuholende Entscheidung des Oberkriegsgerichts maßgebend. Aber dem Militärjustizbeamten ist kein gesetzliches Mittel an die Hand gegeben, eine Verfügung oder Entscheidung des Gerichtsherrn herbeizuführen, wenn dieser sich weigert, die vom Militärjustizbeamten für erforderlich gehaltene Maßnahme zu treffen. Die Gegenzeichnung und die Mitverantwortlichkeit der Militärjustizbeamten besteht aber nicht für die Anordnung der Untersuchungshaft, die der Gerichtsherr nach § 175 MilStGerO. allein zu treffen hat. Die Tätigkeit des Untersuchungsführers beschränkt sich also hier rechtlich darauf, daß er, wenn es der Zweck der Untersuchung erfordert, die Verhängung der Untersuchungshaft durch Vortrag bei ihm anregt und den Haftbefehl entwirft. Eine unmittelbare Einwirkung auf die Entschließungen des Gerichtsherrn steht ihm bei Anordnung der Untersuchungshaft nicht zu. Er tut im allgemeinen seine Schuldigkeit, wenn er in dem geeigneten Zeitpunkte die Entschließung des Gerichtsherrn nach Vortrag des Sachverhalts einholt. Aber das BG. hat dabei doch mit Recht nicht nur die abstrakte Zuständigkeitsabgrenzung entscheiden lassen, sondern Gewicht darauf gelegt, daß tatsächlich dem Nebenkläger ein nicht unerheblicher Einfluß auf die Entschließungen seines Gerichtsherrn zustand und daß dieser bei ernstlichen Vorstellungen einem weitergehenden Wunsche des Nebenklägers Rechnung getragen hätte, wie dieser ihn nach den Feststellungen des BG. mindestens im Falle V. hätte äußern müssen. Daß der Nebenkläger aber im Falle Pf. nicht unparteiisch und erschöpfend nach bestem Wissen über den Sachverhalt Vortrag erstattete, daß er vielmehr nach dem damaligen Stand der Untersuchung begründete Zweifel gegen die Richtigkeit der Angaben über den Fluchtversuch gehabt und dringenden Verdacht eines strafbaren und verbrecherischen Waffengebrauchs als gegeben angesehen, dies aber in seinem Vortrag vor dem Gerichtsherrn verschwiegen hätte, ist nicht festgestellt.

d) Das LG. erkennt an, daß der Nebenkläger gegenüber den Mißständen in den Untersuchungsgefängnissen, sobald sie ihm bekannt wurden, zunächst diejenigen Maßnahmen ergriffen hat, die ihm zur Verfügung standen und eine Abstellung der Mängel erhoffen ließen. Es meint aber, besonders nachdem im April die u. a. von ihm deshalb verfügte Verlegung von Untersuchungsgefangenen durch den Divisionskommandeur rückgängig gemacht worden war, hätte er sich nicht mehr mit schriftlichen Vorstellungen begnügen dürfen, sondern selbst energisch durchgreifen und sich um den Erfolg seiner Vorstellungen kümmern müssen. Da er das nicht in ausreichendem Maße getan habe, sei der Vorwurf berechtigt, daß er Zustände geduldet habe, die geeignet waren, den Sachverhalt zu verdunkeln und das Ergebnis der Untersuchung zu gefährden. Vor Abgabe eines solchen Urteils hätte das BG. aber untersuchen sollen, welche Machtbefugnisse dem Nebenkläger gegenüber der Verwaltung der Gefängnisse und gegenüber höheren Kommandeuren zustanden und von ihm überhaupt und besonders bei den damaligen Zeitverhältnissen mit Erfolg hätten geltend gemacht werden können. Auch erforderte der Umstand, daß im April das Ermittlungsverfahren anscheinend bereits abgeschlossen war, eine besondere Prüfung, ob die Zustände im Untersuchungsgefängnis damals noch geeignet waren, in einer der beiden hier in Betracht kommenden Strafsachen den Sachverhalt zu verdunkeln und das Ergebnis der Untersuchung zu gefährden.

e) Daß seine und des Divisionskommandeurs energische Maßnahmen gegenüber den Regimentern, die seine Ersuchen nachlässig erledigten, „nicht durchgriffen“ und fast wirkungslos blieben, erkannte der Nebenkläger nach den Feststellungen des LG. Anfang März 1919. Es wird ihm zum Vorwurf gemacht, daß er nunmehr sich hätte „von der Division lösen“ und durch Anrufung höherer Dienststellen, z. B. des Reichswehrministers, Abhilfe zu schaffen hätte suchen müssen; indem er sich nicht zu solchen tatkräftigen Handlungen habe durchringen können, habe er wiederum Zustände geduldet, die geeignet waren, das Ergebnis der Untersuchung zu gefährden. Es ist aber im Urteil gar nicht festgestellt, daß der Nebenkläger nach Anfang März in einer der beiden Strafsachen überhaupt noch Ersuchen an die Regimenter gerichtet hätte und nicht vielmehr sich auf anderem zuverlässigeren Wege die erforderlichen Auskünfte verschafft hat.

Überdies ist die Forderung, der Nebenkläger hätte sich von der Division lösen müssen, rechtlich unhaltbar. Auch die unmittelbare Anrufung höherer Dienststellen war in diesem Falle nach der MilStGerO. nicht zulässig. Die Anrufung des Reichswehrministers kam damals nicht in Frage, weil ihm die Befehlsgewalt noch nicht übertragen war (vgl. die AusfVO. v. 6. März 1919 zum Gesetz über die Bildung einer vorläufigen Reichswehr, in Kraft getreten erst am 12. März 1919 [RGBl. 296]). Die Auffassung des Verteidigers, der Nebenkläger hätte die Untersuchungsführung oder sein Amt niederlegen sollen, ist mit den Pflichten eines untersuchungführenden Beamten nicht vereinbar.

f) Es verbleiben noch die beiden Vorwürfe des BG.: 1. am 18. Febr. 1919 habe der Nebenkläger, als Leutnant V. seine Tat und seine Verabredung mit anderen zu falschen Aussagen protokollarisch zugestanden habe, beim Gerichtsherrn wegen Verdunkelungsgefahr für Erlaß des Haftbefehls gegen V. eintreten müssen und in dem dem Gerichtsherrn vorgelegten Entwurf zu dem dann am 20. Febr. 1919 erlassenen Haftbefehl wäre von ihm nicht Verdacht wegen Wachvergehens, sondern Verdacht des versuchten Mordes als Haftgrund anzugeben gewesen, wie es dann am 22. Febr. 1919 auf Drängen von anderer Seite nachträglich geschehen sei; 2. der Nebenkläger habe, nachdem R. ihm vor der Vernehmung gesprächsweise von Geldzuwendungen an seine Familie berichtet habe, ihm dies auf seine protokollarische Erklärung „meine Familie hat kein Geld erhalten“ vorhalten und den Widerspruch aktenkundig machen müssen.

Gegen die hierauf sich beziehenden Ausführungen des BG., deren tatsächliche Richtigkeit vom RevG. nicht nachzuprüfen ist, sind an sich durchgreifende Einwendungen nicht zu erheben. Diejenigen der Rev. sind unbegründet. Ihr gegenüber ist besonders auf die für das RevG. maßgebenden tatsächlichen Feststellungen des LG. zu verweisen, zu 1., daß die Hinausschiebung des Haftbefehlerlasses am 18. Febr. 1919 auch vom Nebenkläger als unsachgemäß erkannt worden ist und daß der Entwurf des Haftbefehls im Widerspruch mit der dem Nebenkläger bekannten Sachlage und den ihr zu entnehmenden Verdachtsmomenten stand, was doch wohl heißen soll, daß der Nebenkläger damals dringenden Tatverdacht wegen Mordversuchs und Flucht und Kollusionsgefahr als bestehend angesehen hat, sowie zu 2, daß der Nebenkläger „sich darüber klar sein mußte, daß die von R. gemachte Bemerkung geeignet war, nach etwaigen Anstiftern der Tat Nachforschungen anzustellen“. Eine absichtliche Verwischung der Spuren hat das BG. hier nicht angenommen.

Zu prüfen war aber zu 1, auf Grund welcher Bestimmung Haftbefehl erlassen worden ist. War er auf § 143 MilStGB. gestützt, so kam das einem Haftbefehl wegen versuchten Mordes gleich. Und zu 2 hätte die Auffassung der StrK., der Nebenkläger hätte der Bemerkung R.s nicht die Beweiskraft versagen dürfen, sie vielmehr als geeignete Unterlage zur Nachforschung nach etwaigen Anstiftern ansehen

müssen, schon zur Behebung des Widerspruchs mit der Tatsache einer besonderen Begründung bedurft, daß der Zeuge auch auf das Gericht den Eindruck eines pathologischen Lügners gemacht hat, so daß seine Aussage völlig ausgeschaltet werden mußte.

Jedenfalls ist nochmals hervorzuheben, daß die Erweislichkeit dieser beiden oder auch anderer Einzelbehauptungen nicht unter allen Umständen die Straflosigkeit hinsichtlich anderer in gleicher Richtung sich bewegender nicht erweislich wahrer Vorwürfe oder hinsichtlich der Sammelbehauptung herbeiführen mußte und vor allem, daß die Verurteilung aus § 186 nicht abgelehnt werden durfte, wenn zwar ein bewußtes Vorschubleisten als erwiesen angesehen wurde, daneben aber darüber hinausgehende nichterweislich wahre Beschuldigungen erhoben waren.

III. Der Beweisantrag auf Vernehmung des LGDir. H. ist in rechtlich einwandfreier Weise mit der Begründung abgelehnt worden, daß die unter Beweis gestellten Tatsachen als wahr unterstellt werden. Die Urteilsgründe setzen sich mit ihnen nicht in Widerspruch. Zu einer besonderen Würdigung dieser Tatsachen in den Urteilsgründen war das BG. nicht verpflichtet.

Soweit vom Nebenkläger die Ablehnung des auf die Vernehmung des Oberreichsanwalts a. D. Dr. E. gerichteten Beweisantrags gerügt wird, betrifft die Rüge nur die Ablehnung des unbedingten Antrags durch besonderen Beschluß „wegen Unerheblichkeit“ des Beweisthemas, nicht die Ablehnung des nur bedingt bei den Schlußvorträgen gestellten Antrags in den Urteilsgründen. Die Begründung der Ablehnung ist unzureichend, weil sie nicht erkennen läßt, ob die Tatsachen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unerheblich sein sollen. Die Rspr. des RG. verlangt in dieser Beziehung eine nähere Begründung. Nach dem Inhalt des Zeitungsaufsatzes, der ausdrücklich den schlechten Ruf des Nebenklägers als Jurist und seine mangelnde Qualifikation für das Amt eines Reichsanwalts hervorhebt, liegt die Erheblichkeit des Beweisantrages auf der Hand. Es läßt sich auch das Beruhen des Urteils auf diesem Verstoße nicht schon um deswillen ausschließen, weil das BG. offenbar hinsichtlich der Befähigung des Nebenklägers auf demselben Standpunkte steht, wie es in das Wissen des Zeugen gestellt war, und den Angekl. wegen der Behauptung, die mangelnde Befähigung des Nebenklägers mache ihn zum Reichsanwalt ungeeignet, aus § 185 StGB. verurteilt hat. Denn der Beweisantrag ging über die bloße juristische Qualifikation hinaus auch darauf, daß der Nebenkläger in politischen Prozessen als Reichsanwalt stets die größte Objektivität gezeigt und daß es nach der auf persönlicher Wahrnehmung des Zeugen gegründeten Beobachtung ausgeschlossen erscheine, daß der Nebenkläger in einer Untersuchung den Angekl. vorsätzlich Vorschub leiste. Diese Beweisbehauptungen waren für die Würdigung der anderen Vorwürfe von Erheblichkeit, namentlich für die Frage, ob der Nebenkläger bewußt den Tätern Vorschub geleistet habe. Es handelt sich auch nicht um ein reines Urteil, das der Zeuge abgeben sollte, sondern um die Bekundung derjenigen Beobachtungen, die er als langjähriger Vorgesetzter des Nebenklägers über dessen Charakter und Amtsführung gemacht hatte. Das Urteil ist also auch auf diese Verfahrensrüge des Nebenklägers hin aufzuheben.

(2. Sen. v. 7. Juli 1930; 2 D 439/30.) [A.]

19. §§ 185 f., 193, 194 StGB.

1. Zulässig ist die Beschränkung des Strafantrags auf eine von mehreren in gleichartiger Idealkonkurrenz zusammentreffenden Beleidigungen.

2. § 186 StGB. ist lediglich anwendbar auf die Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache, wie beispielsweise den Vorwurf der bewußten Unwahrheit, nicht auch auf ein allgemeines ehrenrühriges Werturteil. § 185 StGB. dagegen umfaßt an sich beide Formen der Beleidigung und ist nicht auf reine Formalbeleidigungen beschränkt. Deshalb ist, wenn die Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache gegenüber Dritten „in Beziehung“ auf den Beleidigten und zugleich „gegenüber“ dem Beleidigten selbst aufgestellt wird, Tateinheit zwischen übler Nachrede nach § 186 StGB. und Formalbeleidigung nach § 185 StGB. möglich, während freilich in den Fällen der Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache mit Beziehung auf einen anderen lediglich gegenüber Dritten nur § 186 StGB. Anwendung findet, weil insoweit Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist.

3. Das Wort „Lügner“ ist nicht unter allen Umständen als der Form nach als beleidigend anzusehen. †)

Gegenstand der Anklage ist die von den Strafanträgen (Strafakten Bl. 1, 2, 2R) betroffene Äußerung des Angekl. gegenüber dem Beigeordneten S. in der Stadtverordnetensitzung v. 30. Nov. 1929: „Bezeichnen Sie mich doch nicht als Lügner, ich war doch selbst bei den Notstandsarbeiten beschäftigt. Sie nennen mich Lügner, wenn Sie sagen, daß das nicht wahr wäre; Sie selbst sind der Lügner!“

Unmittelbar vor dieser Äußerung hatte der Angekl. bereits die Zahlenangaben des Beigeordneten S. über die Mindestleistungen der Notstandsarbeiter als Lüge bezeichnet. Diese Äußerung ist aber nach Annahme des erk. Sen. nicht zum Gegenstand der Strafanträge und des Strafverfahrens gemacht worden. In dem Bericht des Beigeordneten S. an den Oberbürgermeister A. v. 9. Jan. 1930 (Strafakten Bl. 2), der den Strafanträgen S.s und A.s zugrunde liegt, ist die oben wiedergegebene Äußerung an die Spitze gestellt und dazu bemerkt, daß dem Angekl. hierwegen ein zweiter Ordnungsruf erteilt worden sei, nachdem er schon vorher — wegen der Bezeichnung der Angaben S.s über die zu beladenden Wagen als „Lüge“ — einen Ordnungsruf erhalten gehabt habe. Schon aus dieser Anordnung kann der Schluß gezogen werden, daß Gegenstand der Strafantragstellung nur die an die Spitze gestellte Äußerung sein sollte. Diese Annahme erhält eine weitere Stütze durch die Fassung des Schlußsatzes des Berichts: „Wegen der Bezeichnung meiner Person als Lügner beantrage ich, gegen Sa. Strafantrag wegen Beleidigung zu stellen.“ Hierin kommt der Wille der Beschränkung des Strafantrags auf die an die Spitze gestellte Äußerung deutlich zum Ausdruck. Eine derartige Beschränkung des Strafantrags auf eine von mehreren in gleichartiger Idealkonkurrenz zusammentreffenden Beleidigungen ist zulässig (RGSt. 62, 85 ff.). Sie kann auch im vorliegen-

---

Zu 19. I. Die — in allen Punkten überzeugende — Entsch. stellt einen wertvollen Beitrag zur Klärung der Frage dar, inwieweit sich jemand durch den Vorwurf der „Lüge“ oder die Bezeichnung eines anderen mit „Lügner“ strafbar macht.

Beleidigungen der bezeichneten Art begegnet man allzu oft, besonders im Rechtsleben. Bestreitet eine Partei oder ein Angekl., daß der Zeuge den Vorgang richtig geschildert habe, so sagt man, der Zeuge „lüge“, nennt ihn wohl auch selbst einen „Lügner“. Noch immer wird, wer solche Worte vor Gericht in den Mund nimmt, vom Vorsitzenden verwarnt, auch wohl gar mit Ordnungsstrafe belegt; noch immer glaubt der Strafrichter, wenn der Gebrauch solcher Worte erwiesen ist, Kriminalstrafe verhängen zu sollen. Dieser Mißbrauch möchte endlich aufhören.

Der Vorwurf, daß ein anderer bewußt die Wahrheit verletze, ist eine unschöne Sache. Deshalb kann der Vorwurf der „Lüge“ — die kurze Bezeichnung für jenes Verhalten — nicht gut in die Ohren klingen. Man muß sich jedoch, wenn von „Lügen“ oder „Lügner“ die Rede ist, immer vergegenwärtigen, daß beides zunächst eben eine Sachbezeichnung darstellt. Sagt jemand einem anderen nach, er habe „gestohlen“, oder nennt er ihn einen „Dieb“, so wird kaum jemand auf den Gedanken kommen, daß hier eine formale Beleidigung vorliege. Jeder wird es verstehen, daß der Äußernde nicht die breite, schließlich auch nur dem Juristen geläufige Redewendung gebraucht, „der andere habe ihm in rechtswidriger Zueignungsabsicht eine fremde bewegliche Sache weggenommen“. Heißt jemand einen anderen „Dieb“, so wird dies regelmäßig die Frage an den Äußernden auslösen, was die Veranlassung sei, daß er den anderen mit jenem Ausdruck belege. So müßte es auch sein, wenn anstatt von „Diebstahl“ von „Lüge“ die Rede ist. Früher hat man engherzig den Gebrauch des Wortes „Lüge“ beanstandet, ohne sich darum zu kümmern, ob es nicht etwa durch ein tatsächliches Vorkommnis gerechtfertigt sei. Das RG. (Recht 1908 Nr. 2268) versagte den Schutz des § 193 StGB., weil dem Ausdruck „Lüge“ nach allgemeiner Auffassung ehrenkränkender Charakter beiwohne. Nicht erst 1923, sondern bereits 1914 fing das RG. an, sich einer-

den Fall ihren guten Grund gehabt haben. So mag S. der Meinung gewesen sein, daß in der Bezeichnung seiner Person als „Lügner" ein allgemeines Werturteil gelegen sei, bei dem das Vorhandensein einer Beleidigung schon aus der Form hervorgehe, daß daher dieser Äußerung gegenüber der § 193 StGB. nicht in Betracht komme, während er hinsichtlich der vorausgegangenen Bezeichnung bestimmter Angaben als „Lüge" von vornherein mit einer Anwendung des § 193 StGB. gerechnet hat. Es lassen sich auch noch andere Gründe für die Beschränkung des Strafantrags denken. Übrigens würden die Gründe, die vom BG. zur Rechtfertigung der Freisprechung angeführt sind, in verstärktem Maße auch gegenüber der nicht unter Anklage stehenden Äußerung zutreffen.

Die Äußerung „Sie sind selbst der Lügner" hat das BG. dahin ausgelegt, der Angekl. habe mit ihr kein allgemeines Werturteil des Inhalts fällen wollen, daß S. ein Lügner sei; aus dem Zusammenhang ergebe sich vielmehr, daß der Angekl. den Vorwurf nur auf bestimmte Stellen der Rede S.s habe beschränken wollen, durch die S. sich zu ihm in Widerspruch gesetzt und nach seiner — des Angekl. — Meinung ihn selbst als Lügner hingestellt habe; durch den Gebrauch des Wortes „Lügner" habe der Angekl. nur den Vorwurf der bewußten Unwahrheit — scil. in bezug auf bestimmte von S. abgegebene Erklärungen — in knappe Form gefaßt.

Bei der rechtlichen Würdigung der so ausgelegten Äußerung sind vom BG. die Fragen der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nicht scharf genug auseinandergehalten und Wendungen gebraucht worden, in denen Rechtsirrtümer gefunden werden können. Hierauf hat auch der Vertreter des Nebenklägers in der Revisionsverhandlung hingewiesen. Allein die vom BG. getroffenen Feststellungen reichen hin, um auch nach Ausschaltung der wirklichen oder vermeintlichen Rechtsirrtümer die Entscheidung im Ergebnis zu rechtfertigen.

Die unter Anklage stehende Äußerung des Angekl. enthält so, wie sie ausgelegt worden ist, tatbestandsmäßig — also zunächst abgesehen von der Frage der Rechtswidrigkeit — in erster Linie eine üble Nachrede i. S. des § 186 StGB. Es wird in Beziehung auf S. die Tatsache behauptet, daß er in seiner Rede bewußt unwahre Erklärungen abgegeben habe; diese Tatsache ist, soweit die Erklärungen als wider besseres Wissen abgegeben hingestellt werden, geeignet, den Beigeordneten S. in der öffentlichen Meinung herabzusetzen; die Tatsache ist nicht erweislich wahr. Daß sich der Angekl. der in dem Vorwurf wissentlicher Unwahrheit gelegenen Ehrenkränkung bewußt war, ist nicht ausdrücklich festgestellt, aber unzweifelhaft auch vom BG. angenommen worden. Wenn das BG. im Anschluß an jene Feststellungen noch bemerkt, „vom Standpunkt des Angekl. aus sei die Behauptung wahr gewesen", „der Angekl. habe meinen können, daß S. bewußt die Unwahrheit gesagt habe", so kann hierdurch der Zweifel wachgerufen werden, ob nicht das BG. der Auffassung gewesen ist, daß der gute Glaube an die Wahrheit oder Erweislichkeit der behaupteten Tatsache schon an sich die Anwendung des § 186 StGB. ausschließe. Diese Auffassung wäre rechtsirrig (RG. Rspr. 1, 110; RGSt. 9, 150). Die Bemerkung kann aber auch dahin gedeutet und jedenfalls vom RevG. dahin verwertet werden, daß der Angeklagte nicht etwa von vornherein durch leichtfertige Aufstellung jener ehrenrührigen Behauptung die Anwendung des § 193 StGB. verwirkt habe (vgl. hierzu RGSt. 63, 92 ff. und 204).

Der Vertreter des Nebenklägers machte geltend, die Äußerung des Nebenklägers stelle sich nicht nur als üble Nachrede nach § 186, sondern auch als Beleidigung nach § 185 StGB. dar. Das BG. verneint dies im Hinblick auf die oben erwähnte, der Äußerung gegebene Auslegung, daß der Angekl. den Beigeordneten S. nicht allgemein als Lügner habe bezeichnen, sondern den Vorwurf der Lüge auf einzelne Stellen der Rede S.s habe beschränkt wissen wollen; es fügt auf S. 9 des Urteils noch bei, aus dem Zusammenhang, in dem die Äußerung gefallen sei, könne nicht entnommen werden, daß der Angekl. durch den Gebrauch des Wortes „Lügner" seine Mißachtung dem S. gegenüber habe ausdrücken wollen. Gerade bei den hier einschlägigen Ausführungen des BG. tritt der Mangel einer scharfen Scheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zutage; auch scheint das Verhältnis der §§ 185 und 186 zueinander verkannt zu sein. Die Unterscheidung zwischen einem allgemeinen ehrenrührigen Werturteil und der Behauptung

---

anderen Auffassung zuzueignen. In JW. 1914, 368[13] verneint es die Strafbarkeit eines Angekl., weil sich dieser des „Unterschiedes zwischen Unwahrheit und Lüge" offenbar nicht bewußt gewesen sei. In LZ. 1914, 1386 sieht es eine formale Beleidigung bei Gebrauch des Wortes „Lüge" nicht als vorhanden an, da der Inhalt des erhobenen Vorwurfs nicht für die Beleidigungsabsicht verwertet werden könne. In der oben aufgeführten Entsch. v. 8. Jan. 1923 — die sonderbarerweise weder in die amtliche Sammlung aufgenommen, noch anderswo abgedruckt worden ist — erklärt das RG., daß „Lüge nicht immer eine formale Beleidigung darstelle".

Es ist bezeichnend, daß die OLG. sich viel schneller als der oberste Gerichtshof einer freieren Auffassung zugewandt haben. Das BayObLG. erklärt in BayObLG. 1915, 106, daß gegebenenfalls auch Ausdrücke wie „ganz gemeine Lüge" zur Wahrnehmung berechtigter Interessen dienlich sein können. Ähnlich verneint das OLG. Jena: JW. 1925, 1027[5] die Strafbarkeit eines Angekl., der glaubte, um seine Rechte zu verteidigen, die Behauptung des Gegners als Lüge bezeichnen zu müssen. Das OLG. Karlsruhe vertritt in HöchstRRspr. 1925, 391 die Meinung, „Lüge" sei die sprachlich nächstliegende Form für wissentlich unwahres Sagen und stelle deshalb einen erlaubten Ausdruck dar. Das OLG. Rostock sagt in HöchstRRspr. 1928, 1067[28], wenn der Tatrichter bei Gebrauch des Wortes „Lüge" die Beleidigungsabsicht aus der Form der Äußerung entnommen habe, so beruhe dies auf einer Verwechslung von Form und Inhalt. Das OLG. Dresden, 2. StrSen., erklärt in HöchstRRspr. 1928 Nr. 921, daß der Ausdruck „notorischer Lügner" durch § 193 StGB. gedeckt sein könne, und 1. StrSen. in LZ. 1930, 205, daß der Vorwurf des „lügen" nicht unter allen Umständen eine Beleidigung darstelle.

Im vorl. Falle hatte der Angekl. die Darlegungen des Beigeordneten Sp. in gewissen Punkten als unrichtig erklärt, sich im Anschluß hieran gegen die Bezeichnung „Lügner" verteidigt und gesagt, „Sp. sei selbst der Lügner". Der Tatrichter legt — unter Billigung des RG. — die beanstandete Äußerung dahin aus, daß der Angekl. den Vorwurf der „Lüge" nur in bezug auf einzelne Stellen der Rede Sp.s erhoben, also nicht den Willen gehabt habe, über Sp. ein allgemeines Werturteil zu fällen. Durch diese Gegenüberstellung (allgemeines Werturteil — Beziehung des Wortes „Lügner" auf bestimmte Punkte) werden nicht alle vorhandenen Möglichkeiten erschöpft. Es ist denkbar, daß jemand sich bei Gebrauch des Wortes „Lüge" — sei es sofort, sei es auf Befragen hin — auf eine bestimmte Tatsache bezieht, mithin geltend macht, daß der andere in einem oder mehreren bestimmten Punkten bewußtermaßen die Unwahrheit gesagt habe. Es ist aber auch möglich, daß jemand unter Bestreiten einer gewissen Tatsache einen anderen „Lügner" nennt und auf Befragen, ob er diesen Ausdruck im Hinblick auf den erörterten Punkt gebraucht habe, erklärt, daß er auch darüber hinaus diesen Titel für angebracht halte. Wie schon der Vorwurf der bewußten Unwahrheit an sich ein ungünstiges Werturteil enthält, so stellt die Bezeichnung „Lügner" erst recht ein ehrenrühriges Werturteil dar. Wird dieses Wort nicht in Beziehung zu einem einzelnen Vorgang gesetzt, sondern allgemein gebraucht, so wird um deswillen allein noch keineswegs die Strafbarkeit des Äußernden begründet. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Äußernde seinen allgemein gehaltenen Vorwurf über die jeweils zur Erörterung stehenden Punkte hinaus als begründet darzutun vermag. Ist er in der Lage nachzuweisen, daß der andere ihn nicht nur bezüglich jener Punkte, sondern bei jeder passenden Gelegenheit mit Lügen bedient habe, so wird der allgemeine Vorwurf als gerechtfertigt anzuerkennen, mithin ein Grund zur Bestrafung zu verneinen sein. Die — insbesondere auch beim RG. — übliche Gepflogenheit, der sich auf einem bestimmten Vorgang beziehenden Äußerungen die „allgemeinen Urteile und Meinungskundgebungen" gegenüberzustellen, dürfte demnach nicht angebracht sein. Kann ein allgemeines Werturteil mit Tatsachen belegt werden, so gewinnt es den Charakter einer Tatsachenbehauptung. Deshalb heißt es in RGSt. 55, 131 durchaus zutreffend, daß „eine Reihe fortlaufender gleichartiger Geschehnisse zum Gegenstand . . . einer zusammenfassenden Behauptung gemacht werden kann. Das gilt insbes., wenn mehrere gleichartige Handlungen einer Person in Betracht kommen, auf Grund deren ihr eine bestimmte Eigenschaft nachgesagt wird. Auch damit wird keineswegs immer ein allgemeines Urt. abgegeben; vielmehr kann ein menschlicher Charakterzug als so unmittelbar greifbar in Erscheinung getreten hingestellt werden . . ., daß die Behauptung einer den Beweisen zugänglichen Tatsache vorliegt".

Erst die dritte Möglichkeit, die Abgabe eines ehrenrührigen Werturteils ohne jeden Untergrund, begründet unter allen

einer ehrenrührigen Tatsache ist insofern von Bedeutung, als § 186 StGB. lediglich auf Beleidigungen der letzteren, nicht auf solche der ersteren Art anwendbar ist. § 185 StGB. dagegen umfaßt an sich beide Formen der Beleidigung; er ist nicht auf reine Formalbeleidigungen beschränkt. Freilich findet in Fällen, in denen mit Beziehung auf einen anderen eine ehrenrührige Tatsache lediglich gegenüber Dritten behauptet wird, nur § 186 StGB. Anwendung, weil insoweit Gesetzeseinheit anzunehmen ist. Wenn aber die Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache gegenüber Dritten „in Beziehung" auf den Beleidigten und zugleich „gegenüber" dem Beleidigten selbst aufgestellt wird, dann ist Tateinheit zwischen übler Nachrede nach § 186 und Beleidigung nach § 185 möglich (vgl. RGUrt. v. 16. Okt. 1924, III 797/24: JW. 1926, 1184). Das BG. scheint angenommen zu haben, daß § 185 nur auf reine Formalbeleidigungen anwendbar sei, nicht auch auf inhaltlich beleidigende Kundgebungen, die in der Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache bestehen. Da im vorliegenden Fall die ehrenrührige Behauptung, gewisse Erklärungen S.s seien bewußt unwahr gewesen, auch gegenüber S. selbst ausgesprochen wurden, ist der äußere Tatbestand der Beleidigung nach § 185 neben dem des § 186 erfüllt. Aber auch am Vorhandensein des inneren Tatbestands kann nicht gezweifelt werden. Das BG. wollte mit dem oben wiedergegebenen Satz auf S. 9 sicher nicht zum Ausdruck bringen, der Angekl. sei sich nicht bewußt gewesen, daß der Vorwurf der wissentlichen Unwahrheit auch dem S. selbst gegenüber erhoben worden sei und daß in ihm eine Ehrenkränkung für S. gelegen habe; es wollte vielmehr feststellen, daß der Angekl. nicht den Willen gehabt habe, durch den Gebrauch des Wortes „Lügner" dem S. im allgemeinen also über die auf einzelne Erklärungen bezügliche ehrenrührige Behauptung der bewußten Unwahrheit hinaus — als einen unwahren Menschen hinzustellen und ihm dadurch seine Mißachtung zu bezeigen; es wollte verneinen, daß sich der Angekl. einer über die üble Nachrede hinausreichenden Formalbeleidigung schuldig gemacht habe. Diese Feststellung ist von Bedeutung für die Frage der Anwendbarkeit des § 193 StGB., schließt aber nicht aus, daß tatbestandsmäßig — also abgesehen von der Frage der Rechtswidrigkeit — neben § 186 auch § 185 StGB. in Betracht kommt.

Durch die irrige Meinung des BG., daß § 185 StGB. schon tatbestandsmäßig nicht anwendbar sei, sind aber die Prozeßbeteiligten nicht beschwert, und zwar der Staatsanwalt und der Nebenkläger deshalb nicht, weil, wie nunmehr noch zu erörtern ist, dem Angekl. mit Recht der Schutz des § 193 StGB. zugebilligt worden ist und dieser auch gegenüber § 185 durchgreift, soweit nicht eine reine Formalbeleidigung vorliegt (RGSt. 60, 335).

Nach den Feststellungen der StrK. hat sich der Angekl. mit der unter Anklage stehenden Äußerung gegen die Bemerkung S.s verteidigt, daß die vorher von dem Angekl. vorgebrachten Beschwerden über Mißstände bei den Not-

---

Umständen die Strafbarkeit. Dies nicht wegen der allgemeinen Fassung der Meinungsäußerung, sondern wegen des Mangels ihrer tatsächlichen Rechtfertigung.

II. Da im obigen Falle die Wahrheit der vom Angekl. behaupteten Tatsache nicht erwiesen war, hing die Strafbarkeit davon ab, ob der Angekl. zur Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hatte. Indem das RG. die Bejahung des Strafschutzes durch den Tatrichter billigte, entschied es zugleich endgültig über das Schicksal der Rev. Daß das RG. gleichwohl in diesem Abschnitt der Revisionsgründe nochmals die Frage prüfte, ob das Vorhandensein einer Beleidigung etwa der von dem Angekl. für seine Äußerung gewählten „Form" zu entnehmen sei, war im Grunde unnötig. Im vorl. Falle kam eine selbständige Prüfung hinsichtlich der Form nicht in Betracht, weil sich das RG. bereits mit der vom Tatrichter gegebenen Auslegung der beanstandeten Redewendung auseinandergesetzt und sie gebilligt hatte. Stand fest, daß der Angekl. das Wort „Lügner" in Beziehung auf einen bestimmten Sachverhalt gebraucht hatte, so war damit auch die Natur des Wortes „Lügner" als eines bloßen „Sachausdruckes" außer Zweifel gestellt. Rein formale Beleidigungen bedeuten nichts Sachliches; sie wollen nur durch die verletzende Form etwas ausdrücken, einem anderen die Mißachtung bezeugen. Aus dem Obigen erhellt, daß die Worte „Lüge" und „Lügner" zunächst immer als Sachausdrücke zu werten sind. Lediglich in Ausnahmefällen sinkt der inhaltvolle sachliche Vorwurf, der in den Worten „Lüge" und „Lügner" enthalten ist, auf einen inhaltlosen Anwurf, auf eine bloße Schimpferei herab. Nur wenn den Worten kein Inhalt gegeben werden kann, also lediglich ihre Form auf ein ehrenrühriges Verhalten hinweist, liegt eine formale Beleidigung vor.

Wenn das RG. den schon in der Entsch. von 1923 ausgesprochenen Grundsatz wiederholt, daß das Wort „Lügner" nicht unter allen Umständen als beleidigend anzusehen sei, so ist diese allzu vorsichtige Beschränkung nach dem Obigen nicht am Platze. Vielmehr wäre es danach richtiger zu sagen, daß der Gebrauch des Wortes „Lügner" nicht unter allen Umständen straffrei sei. Da „Lüge, lügen, Lügner" nicht als Schimpfworte geprägt worden sind, sondern zunächst Sachbezeichnungen darstellen, so ist im Regelfalle davon auszugehen, daß, wer solche Worte ausspricht, damit einen Sachverhalt wiedergeben will. Der Tatrichter kann deshalb auch nicht, wie es das RG. befürwortet, nur nach den besonderen Verhältnissen des jeweiligen Falles zur Prüfung verpflichtet sein, ob die Form das Vorhandensein einer Beleidigung verrate. Vielmehr ist das Gericht — schon im Hinblick auf § 155 Abs. 2 StPO. — in jedem Falle von sich aus gebunden, den Sinn der geäußerten Worte und den Grund der Äußerung festzustellen. Es muß dies ja auch deshalb tun, weil die subjektive Einstellung des Äußernden allein den Maßstab für eine Untersuchung aus § 193 StGB. liefert. Erörtert der Richter pflichtgemäß den Grund, weshalb der Beleidiger den anderen „Lügner" genannt habe, so wird er im Regelfall erfahren, daß nach Meinung des Äußernden der andere in bestimmten Punkten bewußt Unwahres gesagt oder sich allgemein als ein gewohnheitsmäßiger Lügner gezeigt habe. Nur in Ausnahmefällen wird der Täter einen solchen Beweis nicht antreten und dadurch zeigen, daß er „Lügner" als ein bloßes Schimpfwort gebraucht habe.

III. Die übrigen in der obigen Entsch. entwickelten Rechtsgrundsätze treten gegen die eben besprochenen an Wichtigkeit zurück. Das RG. wiederholt nochmals seine in ständiger Rspr. festgehaltene Ansicht über das Verhältnis von § 185 zu 186 StGB. Im vorl. Falle erklärt es § 185 StGB. für anwendbar, weil die üble Nachrede nicht nur zu Gehör Dritter, sondern auch in Anwesenheit des von ihr Betroffenen gefallen ist. Im übrigen steht das RG. bekanntlich auf dem Standpunkt, daß § 186 StGB. ein durch eine besondere Strafdrohung ausgezeichneter Fall des Gattungsdeliktes der Beleidigung sei und deshalb § 185 StGB. durch den engeren Tatbestand des § 186 StGB. aufgehoben werde, soweit die Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache in Betracht kommt (so z. B. RGSt. 24, 272; 41, 286; 63, 10). Gegen diese Auffassung habe ich schon bei der Besprechung des in JW. 1930, 3401[9] abgedruckten RGUrt. Bedenken erhoben. Mit Frank, v. Liszt-Schmidt, Engelhard, Kern bin ich der Meinung, daß alles das, was der Gesetzgeber nicht in §§ 186, 187 StGB. verthpte, unter § 185 fällt. Demnach müßte, wenn jemand einem anderen einen „frechen Meineid" nachredet, sowohl für eine Betrachtung aus § 186 StGB. („Meineid") wie für eine solche aus § 185 StGB. („frech") Raum sein. Der Äußernde brauchte ja, wenn er einen groben bewußten Falscheid nachzusagen hatte, nicht den formal verletzenden Ausdruck „frech" verwenden. Warum diese Formentgleisung neben der Nachrede unberücksichtigt bleiben sollte, ist nicht einzusehen. Der gegenteiligen Ansicht des RG.: JW. 1931, 938[11], wonach in diesem Falle — wenn der Tatrichter die Beleidigungsabsicht als erwiesen ansah — nur eine Bestrafung aus § 186 StGB. möglich sei, vermag ich daher nicht beizupflichten.

IV. Was die mögliche Beschränkung des Strafantrags auf eine von mehreren in einer einheitlichen Kundgebung enthaltenen Beleidigungen betrifft, so hat das RG. in dem bekannten Stresemannfalle (RGSt. 62, 85) die Trennbarkeit mehrerer beleidigenden Stellen eingehend und überzeugend begründet. In der Tat muß es, wenn es im Belieben des Beleidigten steht, ob er wegen Beleidigung Strafantrag stellen will, auch von seinem Ermessen abhängen, ob er wegen der Gesamtheit der beleidigenden Punkte vorgehen oder den Antrag auf eine oder mehrere Punkte beschränken will.

V. Soweit die Entsch. die Frage berührt, ob die Leichtfertigkeit der aufgestellten Behauptung die Anwendung des § 193 StGB. ausschließe, darf ich auf meine Besprechung unten S. 2850 Nr. 15 verweisen. Ich habe hier den apodiktischen Satz des RG. (RGSt. 63, 92, 202) bekämpft, wonach leichtfertige Verdächtigungen „überhaupt nicht" des Strafschutzes des § 193 StGB. teilhaftig werden könnten. Inzwischen hat der 1. StrSen. des RG. diesen Grundsatz (JW. 1931, 938[12]) — im Einklang mit meinen Ausführungen — dahin eingeschränkt, daß die leichtfertige Aufstellung einer Behauptung i. S. des § 193 StGB. kein die Verurteilung rechtfertigender Umstand sei, daß sie jedoch die Gewährung des Strafschutzes ausschließen könne.

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

standsarbeiten unzutreffend seien. Der Angekl. erblickte in den Ausführungen S.s den Vorwurf, daß er seine Beschwerde wider besseres Wissen angebracht habe. Indem er diesen Vorwurf, ein „Lügner" zu sein, zurückwies, handelte er zur Verteidigung von Rechten seiner Person und gleichzeitig zur Wahrnehmung berechtigter Interessen als Stadtverordneter (RGUrt. vom 16. Mai 1923, IV 828/22). Damit ist die Anwendbarkeit des § 193 StGB. gegeben. Dann könnte eine Verurteilung aber nur erfolgen, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorginge. Diese Voraussetzung hat die StrK. aber ohne Rechtsirrtum verneint. Umstände, die das Vorhandensein einer Beleidigung erkennen ließen, sind überhaupt nicht festgestellt und nicht behauptet. Nach der Ansicht der Rev. soll die Form der Äußerung deshalb den Schutz des § 193 ausschließen, weil die Bezeichnung als Lügner „ein Schimpfwort schwerster Art, eine vorsätzliche Kundgebung besonderer Nicht- oder Mißachtung der Ehre des Angegriffenen" sei. Diese Meinung ist aber in dieser Allgemeinheit rechtlich unzutreffend. Das RG. hat — unter Aufgabe einer früheren Entsch. v. 25. April 1908, III 57/08 — in dem Urt. v. 8. Jan. 1923, III 710/22 ausgesprochen, daß das Wort „Lügner" nicht unter allen Umständen als der Form nach beleidigend anzusehen ist, daß vielmehr der Tatrichter nach den besonderen Verhältnissen des jeweiligen Falles auch derartige Ausdrücke daraufhin zu prüfen hat, ob sie der Form nach das Vorhandensein einer Beleidigung erkennen lassen. Wenn die StrK. hier, wie sich aus den Ausführungen über die Anwendbarkeit des § 185 StGB. ergibt, keine der Form nach beleidigende Äußerung für gegeben erachtet hat, weil der Angekl. mit dem Ausdruck „Lügner" nichts anderes habe sagen wollen, als daß bei den vorausgegangenen Erörterungen nicht er, wie S. behauptet habe, sondern S. selbst wider besseres Wissen die Unwahrheit gesagt habe, so würdigte sie die Äußerung in einer tatsächlich unanfechtbaren Weise und zog aus dieser tatsächlichen Würdigung rechtlich einen mit der neueren reichsgerichtlichen Rspr. vereinbaren Schluß.

(1. Sen. v. 10. Febr. 1931; 1 D 807/30.) [A.]

20. §§ 185, 186 StGB.

1. Bedingter Vorsatz genügt zur Feststellung des inneren Tatbestandes der üblen Nachrede.

2. Stehen an sich formal beleidigende Äußerungen mit einem eine üble Nachrede enthaltenden Vorwurf in so engem Zusammenhang, daß sie nur eine Verstärkung dieses Vorwurfs bedeuten, so werden sie von der Verurteilung wegen übler Nachrede mitumfaßt. †)

Das LG. untersucht zunächst, ob der Angekl. den angegriffenen Ministern den Vorwurf gemacht habe, die Verfassung bewußt gebrochen zu haben. Es kommt in rechtlich einwandfreien Ausführungen zu dem Ergebnis, daß man aus dem den Gegenstand der Anklage bildenden Aufsatz folgern könnte, der Angekl. habe sagen wollen, „die Regierung scheue im Kampf um ihre Machtposition auch vor einem von ihr erkannten oder doch für möglich gehaltenen Verstoß gegen die Reichsverfassung nicht zurück". Das LG. nimmt demnach an, daß der Vorwurf des bewußten Verfassungsbruchs aus dem Artikel herausgelesen werden kann. Dann durfte sich aber das LG. nicht damit begnügen, weiterhin nur zu untersuchen, ob der Angekl. diese Anschauung auch unmittelbar kundgeben wollte, sondern es hätte auch noch prüfen müssen, ob der Angekl. nicht mit bedingtem Vorsatz gehandelt habe, und ob er sich nicht bewußt gewesen sei, daß seine Äußerungen als Vorwurf eines bewußten Verfassungsbruchs aufgefaßt werden könnten und ob er nicht gleichwohl die Äußerungen getan habe. Der bedingte Vorsatz würde nach der ständigen Rspr. des RG. zu der Feststellung des inneren Tatbestandes des § 186 StGB. genügen.

Diese unterlassene Prüfung nötigt allein schon zu der Aufhebung des Urteils. Die übrigen Feststellungen daselbst geben aber noch Anlaß zu den folgenden, bei der weiteren Behandlung der Sache zu beachtenden Ausführungen:

Die Äußerung, ein Minister habe die Verfassung gebrochen, ist nicht schlechthin ehrverletzend. Sofern diese Äußerung nur die Behauptung in sich schließt, der Minister habe verfassungswidrig gehandelt, kann sie lediglich die Auffassung des Äußernden über eine auf dem Gebiete des Verfassungsrechtes liegende, nicht zweifelsfreie Rechtsfrage wiedergeben. Anders ist es mit der Behauptung schuldhaften Verfassungs-

---

Zu 20. Die Entsch. ist zu billigen. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

1. Das RG. folgt der gemeinen Meinung in Schrifttum und Rspr., wenn es bei der üblen Nachrede (§ 186 StGB.) im Gegensatz zur Verleumdung (§ 187) bedingten Vorsatz zur Erfüllung des inneren Tatbestandes genügen läßt.

2. Die Ausführungen über das Verhältnis zwischen den nach § 185 StGB. strafbaren Äußerungen „die Regierung bekannte restlos Farbe", „Parteidiktatur" usw. einerseits und dem unter § 186 StGB. fallenden Vorwurf bewußten Verfassungsbruchs andererseits enthalten einen beachtlichen Beitrag zu dem gerade nach dieser Richtung sehr komplizierten und noch ganz ungeklärten Problem der Abgrenzung von Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Ihr Sinn und ihre Bedeutung werden erst ersichtlich, wenn man sie in das Gesamtgefüge der Konkurrenzprobleme bei der Beleidigung einordnet. Ein Vergleich dieser mit früheren Entsch. des RG. (u. a. RG. Rspr. 8, 305; RGSt. 34, 134; 59, 414) ergibt nämlich, daß zwischen mehreren beleidigenden Äußerungen, die in einem einzigen Schriftstück, insbes. einem Presseerzeugnis, enthalten sind und teilweise unter § 185, teilweise unter § 186 StGB. fallen, je nach den Umständen sowohl Realkonkurrenz wie Idealkonkurrenz als endlich auch Gesetzeskonkurrenz vorliegen kann. Dieses Ergebnis muß auf den ersten Blick befremden und hat auch nach verschiedener Richtung hin Widerspruch erfahren. Insbes. ist zunächst die Auffassung, daß in solchen Fällen auch Realkonkurrenz, also Handlungsmehrheit, möglich sei, mit Recht vielfach getadelt worden. Denn durch die Einheitlichkeit der Drucklegung und Ausgabe der Schrift wird stets bezüglich aller in der Schrift enthaltenen Äußerungen Handlungseinheit begründet (so u. a. besonders Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen Bd. I S. 198 ff.). Doch wird diese Streitfrage durch die besprochene Entsch. nicht berührt. Denn in ihr geht das RG. offenbar selbst von dem Vorliegen einer Handlungseinheit aus, so daß allein fraglich ist, ob die unter § 185 fallenden Äußerungen zu dem mit ihnen eine natürliche Handlungseinheit bildenden, nach § 186 strafbaren Vorwurf des Verfassungsbruchs in Idealkonkurrenz stehen oder ob sie „nur eine Verstärkung dieses Vorwurfs bedeuten" und demgemäß von der Verurteilung nach § 186 „mitumfaßt werden", d. h. also, ob hier § 185 in Gesetzeskonkurrenz zu § 186 steht.

Eine solche Frage würde überhaupt nicht bestehen können, wenn man mit Frank (§ 186 I) und einer Minderzahl von Schriftstellern im Verhältnis von § 185 und § 186 bei Handlungseinheit stets Idealkonkurrenz annehmen würde. Das RG. dagegen sieht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre die üble Nachrede des § 186 als Spezialtatbestand gegenüber der einfachen Beleidigung des § 185 an (RGSt. 41, 286; 52, 270). Fällt also eine einzige Äußerung tatbestandsmäßig sowohl unter § 185 wie unter § 186, so besteht Gesetzeskonkurrenz, und nur § 186 als lex specialis kommt zur Anwendung. Man wäre nun versucht, das gleiche stets auch dann anzunehmen, wenn, wie hier, mehrere in natürlicher Handlungseinheit stehende Äußerungen teils unter § 185, teils unter § 186 fallen. Denn eben wegen jener Form der Begehung in Handlungseinheit müssen scheinbar die mehreren Äußerungen notwendig als einheitliches Ganzes, also als eine einzige Äußerung behandelt werden. So weit ist indessen das RG. niemals gegangen. Es hat verschiedentlich bei tateinheitlicher Begehung mehrerer teils unter § 185, teils unter § 186 fallender Äußerungen Idealkonkurrenz von § 185 und § 186 angenommen (u. a. RGSt. 59, 414; 55, 129), und auch die hier besprochene Entsch. geht von der Möglichkeit der Idealkonkurrenz aus.

Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß sich aus der zwar sehr umstrittenen, aber gerade vom RG. (RGSt. 62, 87) neuerdings besonders scharf formulierten Auffassung der Idealkonkurrenz als tateinheitlichem Zusammentreffen nicht mehrerer Gesetze, sondern mehrerer Verbrechen (Rechtsgüterverletzungen) ergibt, daß neben der in § 73 allein erwähnten ungleichartigen Idealkonkurrenz eine analog zu behandelnde gleichartige Idealkonkurrenz begrifflich denkbar ist (vgl. Frank § 73 III). Gleichartige Idealkonkurrenz liegt vor, wenn durch eine natürliche Handlung mehrere unter den gleichen Gesetzestatbestand fallende Verletzungen desselben Rechtsguts bewirkt werden; bei der Beleidigung also, wenn durch ein Schriftstück das Rechtsgut der Ehre bei mehreren Personen oder bei einer Person mehrfach verletzt wird. Eine solche mehrfache Verletzung der Ehre würde etwa vorhanden sein, wenn einer Person in dem gleichen Schriftstück durch den Vorwurf der Verlogenheit die Wahrhaftigkeit und durch den Vorwurf der Dummheit die zur Ausfüllung ihrer sozialen Stellung erforderlichen Verstandeskräfte abgesprochen würden. Ebenso nun, wie in solchen Fällen die verschiedenen ehrverletzenden Äußerungen in dem gleichen Schriftstück mehrere Beleidigungen nach

bruchs. Das LG. hat die hier in Rede stehenden Äußerungen nur daraufhin geprüft, ob sie den Vorwurf eines vorsätzlichen Verfassungsbruches enthalten, nicht aber daraufhin, ob sie den Vorwurf einer fahrlässigen oder sogar grob fahrlässigen Verletzung der Verfassung in sich schließen. Das LG. wird, wenn es wiederum zu dem Ergebnis kommen sollte, daß der Angekl. einen bewußten Verstoß gegen die Verfassung nicht behauptet hat, die Prüfung nach der angedeuteten Richtung noch vornehmen und vor allem untersuchen, ob der Angeklagte mit seinen Äußerungen nicht kundgegeben habe, daß die Minister aus Leichtsinn oder aus parteipolitischer Befangenheit die behauptete Verfassungswidrigkeit ihres Tuns nicht erkannt haben. Das LG. wird dann auch festzustellen haben, ob die so verstandenen Äußerungen die Behauptung einer Tatsache oder lediglich ein Werturteil des Angekl. über bekannte geschichtliche Vorkommnisse enthalten. Im letzteren Falle könnte es wegen des behaupteten Verfassungsbruchs im Zusammenhalt mit den Worten „unglaublicher Terror“ und „rigorosen Rechtsbrüchen“ zu einer Verurteilung nach § 185 StGB. in unmittelbarer Anwendung dieser Bestimmung kommen. Es wäre hierzu dann nur zu prüfen, ob bei dem Angeklagten das Bewußtsein der Beleidigung vorgelegen habe, während der § 192 StGB. eine Bestrafung nach § 185 das. nur bei Vorliegen der Absicht der Beleidigung zuläßt.

Die rechtliche Würdigung, die das Urteil den Wendungen des Aufsatzes: „Die Regierung bekannte restlos Farbe“, „die sorgsam gehüteten Masken der Regierung sind gefallen“, „die Regierung eifere den roten Gewerkschaften nach“ und dem Ausdruck „Parteidiktatur“ zuteil werden läßt, ist nicht zu beanstanden. Sollte aber das LG. auf Grund der neuen Verhandlung zu der Anschauung kommen, daß der Angekl. durch den Vorwurf des bewußten oder fahrlässigen Verfassungsbruches in dem oben erörterten Sinne sich des Vergehens der üblen Nachrede schuldig gemacht habe, so wird es auch zu prüfen haben, ob die hier behandelten Äußerungen nicht mit diesem Vorwurf in engem Zusammenhange stehen, und zwar derart, daß sie nur eine Verstärkung dieses Vorwurfes bedeuten. In diesem Falle würden die Äußerungen von der Verurteilung nach § 186 StGB. mit umfaßt werden.

(1. Sen. v. 14. April 1931; 1 D 28/31.) [A.]

21. § 211 StGB. **Mord liegt nicht schon dann vor, wenn der Entschluß zur Tötung mit Überlegung gefaßt worden ist, entscheidend ist vielmehr, ob der Täter bei der Ausführung der Tat mit Überlegung gehandelt hat, d. h. ob er imstande gewesen ist, die ihn zur Tat drängenden und die ihn davon abhaltenden Beweggründe mit genügender Klarheit und Besonnenheit gegeneinander abzuwägen, und ob er mit voller Besonnenheit und mit bedachtem Wollen zur Tat geschritten ist.**†)

Das SchwG. hat den BeschwF. wegen versuchten Mordes — Verbrechen gegen §§ 211, 43, 44 StGB. — bestraft. Es stellt fest, daß der BeschwF. schon einige Tage daran gedacht habe, seiner Ehefrau „etwas anzutun“, ohne jedoch den Mut dazu zu finden, daß er dann am Abend des 5. Sept. 1929 beim Zubettgehen den festen Entschluß gefaßt habe, seine Frau zu töten, daß er zu diesem Behufe sein Rasiermesser mit ins Bett genommen habe und daß er dann am selben Abend, jedoch einige Zeit später, seiner Ehefrau mit dem Rasiermesser zwei tiefe Schnitte am Halse beigebracht habe. Daß der vorher gefaßte Entschluß, seine Ehefrau zu töten, hierbei noch fortbestand und daß er ihr die Verletzungen mit diesem Vorsatz beigebracht habe, ist in den Urteilsgründen ausdrücklich nicht ausgesprochen, es kann aber als Annahme des SchwG. dem Zusammenhange entnommen werden. Dagegen lassen die Urteilsgründe das Tatbestandsmerkmal vermissen, daß die Tat mit Überlegung ausgeführt worden ist. Das SchwG. beschränkt sich auf die Feststellung, daß den BeschwF. nicht, wie er behauptet, „die Erregung“ über den vorausgegangenen Ehebruch seiner Ehefrau „zu der Tat getrieben habe“, daß er nicht dadurch „zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden sei“. Das SchwG. scheint danach der Ansicht zu sein, daß der Tatbestand des § 211 StGB. schon dann gegeben sei, wenn der Entschluß zur Tötung mit Überlegung gefaßt worden ist. Dies wäre rechtsirrig. Entscheidend ist vielmehr, ob der Täter bei der Ausführung der Tat mit Überlegung gehandelt hat (RGSt. 32, 253, 254; 36, 26). Wenn auch nicht erforderlich ist, daß diese Überlegung eine ruhige gewesen ist, da eine gewisse Erregung bei jemand, der einen anderen zu töten im Begriff steht, naturgemäß wohl regelmäßig vorhanden ist, so muß doch der Täter soweit Herr seines Denkens, Wollens und Tuns sein, daß er bei der Ausführung der Tat nicht oder nicht überwiegend aus dieser

---

§ 185 in Idealkonkurrenz darstellen können, ebenso ist es auch möglich, daß die einen von ihnen unter den allgemeinen Tatbestand der einfachen Beleidigung, die anderen unter den speziellen Tatbestand der üblen Nachrede fallen und dann § 185 und § 186 in Idealkonkurrenz treten.

Damit ist zugleich der allgemeine Richtsatz gegeben, nach dem zu beurteilen ist, wann bei verschiedenen beleidigenden Äußerungen in demselben Schriftstück Idealkonkurrenz und wann Gesetzeskonkurrenz von § 185 und § 186 angenommen werden kann. Idealkonkurrenz liegt vor, wenn die verschiedenen tatbestandsmäßig teils unter § 186, teils unter § 185 fallenden Äußerungen das Rechtsgut der Ehre bei mehreren Personen oder bei derselben Person mehrmals verletzen, Gesetzeskonkurrenz dann, wenn sie es nur bei einer Person und nur einmal verletzen.

Die Erläuterung und Anwendung dieses Richtsatzes im Einzelfall enthält das hier abgedr. Urteil. Schon in der für die Wesensbestimmung der Idealkonkurrenz grundlegenden Entsch. RGSt. 62, 85 hatte das RG. ausgeführt, daß zwischen zwei in Tateinheit ausgesprochenen Vorwürfen Idealkonkurrenz anzunehmen sei, wenn „das durch die Strafvorschrift des § 186 StGB. geschützte Rechtsgut der Ehre des Nebenkl. mehrfach durch inhaltlich verschiedene Beleidigungen und nach verschiedenen Richtungen angegriffen worden sei“. Es lägen dann „zwei verschiedene Willensinhalte vor, die nur durch die Form der Äußerung zusammengefaßt“ seien. Die Konsequenz dieser Ausführungen nach der umgekehrten Seite hin zieht das oben abgedr. Urteil, indem es Gesetzeskonkurrenz von § 185 und § 186 annimmt, wenn die Wendungen „die Regierung bekannte restlos Farbe“ usw. in so engem Zusammenhang zu dem Vorwurf des Verfassungsbruches stehen, daß sie nur eine Verstärkung dieses Vorwurfs bilden. Denn dann liegt nicht nur eine natürliche Handlung, sondern auch nur eine Rechtsgutsverletzung vor.

Ob und gegebenenfalls warum ein solcher enger Zusammenhang angenommen werden kann, entzieht sich als Tatfrage der Feststellung des RG. Es ist dafür die inhaltliche und möglicherweise auch die räumliche Verbundenheit der einzelnen Äußerungen innerhalb des gesamten Aufsatzes maßgebend.

PrivDoz. Dr. Schaffstein, Göttingen.

Zu 21. Das RG. bezieht sich erneut bei der Unterscheidung von Mord und Totschlag auf seine früheren Feststellungen, daß unter „Überlegung“ erstens negativ zu verstehen sei, daß der Täter nicht oder nicht überwiegend aus Erregung heraus gefühlsmäßig handelte; — ferner positiv, daß er verstandesmäßigen Vorstellungen und Erwägungen zu folgen fähig war und gefolgt ist. Ferner verlangen jene früheren Entsch. und die jetzige noch für die Überlegung die Fähigkeit, die für und wider Beweggründe mit genügender Klarheit und Besonnenheit gegeneinander abzuwägen und in voller Besonnenheit und mit bedachtem Wollen zur Tat zu schreiten. Gruppiert man (bei einem kurzen Versuch, diese Umschreibung der Überlegung zu kritisieren) diese Forderungen psychologisch, so lauten sie:

1. kein überwiegend gefühlsmäßiges Handeln. Dies ist ein wenig glücklicher Ausdruck. Die meisten Handlungen der Menschen entspringen aus Gefühlen und werden von solchen begleitet. Selbst der Eifer wissenschaftlicher Forschung ist sehr häufig gefühlsfundiert. Gemeint ist wohl mit jenem Ausdruck ein Handeln gemäß einem jäh aufschießenden, Überlegungen nicht Zeit gebenden, sthenischen Affekt.

2. daß der Täter verstandesmäßigen Vorstellungen und Erwägungen folgt. Abgesehen von dem unglücklichen, aus der alten Assoziationspsychologie stammenden Ausdruck der „verstandesmäßigen Vorstellung“ wird hier also das Vorhandensein von Erwägungen gefordert. Aber in Punkt

3. werden diese Erwägungen noch spezifiziert als die Abwägung des Für und Wider mit genügender Klarheit und Besonnenheit. Und endlich soll

4. der Täter in voller Besonnenheit und mit bedachtem Wollen zur Tat schreiten.

Nimmt man den typischen Fall eines Raubmordes, so fehlt selten der Affekt, wohl aber der jäh aufschießende, Überlegungen ausschließende Affekt; Punkt 1 wäre also zu bejahen. Daß der Raubmörder irgendwelchen Erwägungen folge, trifft sicher zu, auch Punkt 2 ist also in Ordnung. Daß aber gemäß Punkt 3 das Für und Wider mit Klarheit und Besonnenheit abgewogen wird, ist höchst selten der Fall. Dem berufsmäßigen Verbrecher, also hier dem Raubmörder, zuzutrauen, daß er diese Abwägung vollziehe, ist Theorie.

Erregung heraus gefühlsmäßig handelt, sondern daß er verstandesmäßigen Vorstellungen und Erwägungen zu folgen fähig war und gefolgt ist. Er muß also die ihn zur Tat drängenden und die ihn davon abhaltenden Beweggründe mit genügender Klarheit und Besonnenheit gegeneinander abzuwägen imstande gewesen und in voller Besonnenheit und mit bedachtem Wollen zur Tat geschritten sein (RGSt. 42, 260, 262; 62, 196, 197). Dahingehende Feststellungen enthält das Urteil nicht. Seinen nur negativen Feststellungen, daß Erregung über den Ehebruch seiner Frau den Beschwerdeführer **nicht** zur Tat hingerissen habe, können sie nicht entnommen werden. Das Urteil mußte daher aufgehoben werden.

(3. Sen. v. 12. Febr. 1931; 3 D 69/31.) [A.]

22. § 211 StGB.

1. Es widerspricht keiner Lebenserfahrung, daß jemand eine Tat mit Überlegung ausführt, dann aber im Verlaufe des gesamten Tuns vorübergehend doch von dem Gefühl der Schwere der Tat und durch den Anblick der Folgen seiner Handlung überwältigt und bedrückt wird.

2. Der Begriff des überlegten Handelns setzt ein heimliches Vorgehen nicht notwendig voraus.

Wie im angefochtenen Urteil festgestellt wird, ist der Angekl. P., nachdem er auf Frau T. geschossen hatte und diese zusammengestürzt war, „erschrocken und wollte flüchten". Dieser Umstand konnte allerdings bei der Prüfung der Frage, ob der Angekl. die Tat mit Überlegung ausgeführt habe, für eine Verneinung sprechen. Aber eine nach dieser Richtung gehende Schlußfolgerung ist keineswegs denkgesetzlich notwendig. Das SchwG. hat den Umstand nicht übersehen, sondern ihn im Rahmen des gesamten festgestellten Sachverhalts gewürdigt, und zwar dahin, daß der Angekl., als er die T. auf den Schuß sofort zusammenbrechen sah, nur eine ganz kurze Zeit die Fassung verlor, sie aber dann gleich wiedergewann auf den Zuruf des Mitangeklagten R., nach Beute zu suchen. Es widerspricht keineswegs einer Lebenserfahrung, daß jemand eine Tat mit allem Bedacht ausführt, dann aber im Verlaufe des gesamten Tuns vorübergehend doch von dem Gefühl der Schwere der Tat und durch den Anblick der Folge seiner Handlung bedrückt und überwältigt wird. Selbst wenn P. seine Fassung nicht alsbald wiedergewonnen hätte, würde daraus nicht gefolgert werden müssen, daß die Auffassung des SchwG. irrig wäre, er habe vor und bei der Tat — der Abgabe des auf Tötung gerichteten Schusses — mit Überlegung gehandelt.

Ebensowenig läßt sich ein Rechtsirrtum des SchwG. darin finden, daß es ein überlegtes Handeln angenommen hat, obwohl der Angekl. der T., statt sie heimlich und hinterrücks zu erschießen, zuerst zurief „Geld her". Es läßt sich freilich nicht verkennen, daß ein heimliches Erschießen, wenn einmal die Tötung der T. mit dem Ziel ihrer Beraubung geplant war, näher gelegen hätte und weniger mit der Gefahr eines Mißlingens belastet gewesen wäre als die Art, wie der Angekl. tatsächlich vorgegangen ist. Indessen liegt die Beurteilung der Frage, ob gleichwohl auch in dem weniger geschickten und zielsicheren Vorgehen ein Handeln mit Überlegung zu finden sei, auf dem Gebiete des Tatsächlichen. Rechtlich beanstanden läßt sich die Bejahung der Frage nicht.

(1. Sen. v. 16. Dez. 1930; 1 D 1259/30.) [A.]

23. § 211 StGB. Vorsatz und Überlegung sind selbständige, voneinander unabhängige Begriffe.†)

Die sachlich-rechtliche Rüge, § 211 StGB. sei insbes. dadurch verletzt, daß der Begriff der „Überlegung" verkannt sei, geht fehl. Das Verbrechen des Mordes setzt voraus, daß der Täter einen Menschen vorsätzlich getötet und die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat. In dieser Beziehung ist allerdings schon der dem angefochtenen Urt. zugrunde liegende Eröffnungsbeschluß insofern rechtlich nicht einwandfrei gefaßt, als er den § 211 StGB. zwar ausdrücklich anführt,

---

Er begeht sein Verbrechen genau so, wie der Gewerbetreibende sein Gewerbe ausführt. Punkt 4 dagegen dürfte beim Raubmord meist zutreffen. Beim Affektmord dagegen ist erfahrungsgemäß 1 und 4 gewöhnlich zu verneinen, 2 mag immer, 3 zuweilen bejaht werden. Umgekehrt wird beim Totschlag, bei dem also eigentlich alle 4 Punkte verneint werden müßten, realiter 2 meist, 4 zuweilen zu bejahen sein.

Stellt also das RG. in seinen 4 Punkten Forderungen auf, die alle vier bejaht werden müssen, um die „Überlegung" zu ergeben, so dürfte sich überhaupt kaum ein praktischer Fall finden, dem die Überlegung zugesprochen werden könnte mit Ausnahme des politischen Mordes. Will das RG. die Überlegung mit jenen 4 Punkten gleichsam nur illustrieren, so sollte es deutlich angeben, welchen der Punkte es als conditio sine qua non ansieht.

Vielleicht dürfte es sich empfehlen, in Zukunft 1 fallen zu lassen: es gibt Affekttotschlag und Affektmord. Ebenso sollte 2 fallen, denn fast jeder Täter stellt **irgendwelche** Überlegungen an, z. B. ob seine Handlung geeignet sei, den erwünschten Erfolg zu verbürgen. 3 könnte höchstens in der Form bestehen bleiben, daß zur Zeit der Begehung der Tat die **Fähigkeit** gefordert wird, für und wider zu erwägen, gleichgültig, ob diese Fähigkeit aktiviert wurde. 4 scheint die glücklichste Formulierung zu sein, denn „volle Besonnenheit und bedachtes Wollen" sind Fassungen, die kaum ein Mißverständnis zulassen. „Überlegung" **könnte also gefaßt werden als ein Zustand voller Besonnenheit und bedachten Wollens, der die Fähigkeit einschließt, das Für und Wider zu erwägen.** Aber in dieser Formulierung steckt schon ein Moment darin, mit dem sich gerade die vorliegende RGEntsch. beschäftigt. Es wird hier verlangt, daß dieser Zustand nicht nur beim Entschluß zur Tat, sondern bei der Tat selbst vorhanden war. Im fraglichen Fall hat der Täter seit einigen Tagen den Plan gehegt, seiner Frau „etwas anzutun". Er hat am Abend der Tat „den festen Entschluß, sie zu töten, gefaßt" und das Rasiermesser hierzu mit ins Bett genommen; er hat dann einige Zeit später die Frau mit mehreren Schnitten schwer verletzt. Das RG. bemängelt, daß das SchwG. zwar die Überlegung beim Entschluß bejaht, bei der Ausführung nicht aber nochmals bestätigt habe. So einfach es formaliter ist, wenn dieser Forderung künftig in den Urteilsgründen durch einen Satz genügt wird, so lohnt es vielleicht darüber nachzudenken, ob sachlich ein Fall denkbar wäre, in dem der Entschluß mit, die Tat ohne Überlegung ausgeführt wird. Es erscheint kaum möglich, einen solchen Fall zu konstruieren, geschweige denn, daß ihn das Leben liefern wird. Denn wenn einmal ein Entschluß besteht: „sie soll durch mich sterben", so handelt es sich um ein „bedachtes Wollen", wie es oben gefordert wird, und wie es sich eben später in die Tat umsetzt. Es wäre völlig absurd, auszudenken, inwiefern bei dem Vollzug des Entschlusses dann dieses bedachte Wollen wieder abhanden gekommen sein könnte. Prüft man aber jenes zweite geforderte Kriterium der „vollen Besonnenheit", so besteht diese ja gerade darin, daß jemand gemäß seinem bedachten Wollen handelt, d. h. in seinem Handeln und Auffassen aus seiner bisherigen seelischen Konstellation in keiner Weise herausfällt. Vielleicht hat dem RG. etwa vorgeschwebt, ein Täter könne zwar den Entschluß mit Überlegung gefaßt haben, bei der Ausführung aber sehr in Affekt geraten sein, und dieser Affekt könne ihm die Besonnenheit geraubt haben. Einer solchen Konstruktion kann man psychologisch kaum zustimmen. Wenn das Wort: der Affekt raubt mir meine Besonnenheit, überhaupt einen Sinn haben kann, so nur den, daß die Gemütsbewegung meine Hemmungen beseitigt oder meine bisherigen Entschlüsse über den Haufen wirft, aber nicht, daß der gefaßte Entschluß bei der Ausführung von lebhaftem Affekt begleitet wird. So sei eines Falles gedacht, in dem ein Stiefkind seit Jahrzehnten gegen die hetzende, quälende Stiefmutter tiefsten Haß und den Wunsch in sich trägt, sie wäre tot. Und als sie den inzwischen erwachsen gewordenen Mann wieder einmal aufs äußerste reizt, schlägt er sie mit dem Beil tot. Hier fehlte in der Tat die Besonnenheit, also die Überlegung. Hier hatte der neu aufflackernde Haß alle früheren Hemmungen überwunden, aber hier war eben ein **Entschluß** zur Tat mit Überlegung früher gerade **nicht** gefaßt worden, sondern wurde erst durch die Wut des Augenblickes geboren.

Aus diesen Erwägungen heraus wird man der diskutierten Entsch. des RG. **nicht** zugestehen können, daß sie auf einen sachlichen Fehler des aufgehobenen Urteils und allgemein auf einen psychologisch wichtigen Umstand hingewiesen hätte. Diese Entsch. beruht erfahrungsfremd im Formalen.

Prof. Dr. Gruhle, Heidelberg.

Zu 23. Die knappe Wiedergabe des Sachverhalts läßt immerhin so viel erkennen, daß die Entsch. zweifellos zutreffend ist. Der Wert des obigen Urteils liegt in der Begründung, die sich mit dem Verhältnis der Begriffe **Vorsatz** und **Überlegung** befaßt.

Der Gedankengang des RG. ist offensichtlich folgender: Zum „**Vorsatz**" gehört das **Wissen** und das **Wollen**. Da die **Überlegung** ein besonderes Tatbestandsmerkmal für den Mord darstellt, der Mord aber den Tötungs**vorsatz** voraussetzt, so muß der „**Vorsatz**" gegenüber der „**Überlegung**" etwas Verschiedenes sein. Hätte sich das RG. auf diese Ausführung beschränkt, so hätte dies dahin verstanden werden können, daß die überlegte Ausführung bei dem Mordtatbestand zu dem deliktischen Vorsatz hinzutrete und **inso-**

dessen konkreten Inhalt aber dahin wiedergibt, dem Angekl. sei zur Last gelegt, am 4. Aug. 1929 die Ida T. „vorsätzlich und mit Überlegung getötet zu haben". Das ist rechtlich insofern bedenklich, als diese Fassung ungewiß läßt, ob die Überlegung des Täters in dem allein entscheidenden Zeitpunkt der Ausführung der Tat vorhanden war, worauf es beim Tatbestandsmerkmal der Überlegung allein ankommt (vgl. RGSt. 8, 276). Wenn das angefochtene Urt. auch die bedenkliche Fassung des Mordtatbestands in seine tatsächliche Schlußfeststellung aufgenommen hat, so hat es doch, wie der Zusammenhang der Urteilsgründe klar ergibt, sowohl den Tötungsvorsatz, als insbes. auch dessen Ausführung mit Überlegung ohne Rechtsirrtum dargetan.

Der Vorsatz besteht beim Mörder im Wissen und Wollen der rechtswidrigen Tötung eines Menschen. Was in dieser Hinsicht der Vorderrichter tatsächlich feststellt, stützt in ausreichender Weise den Tätervorsatz nach der angegebenen Richtung hin. Auf die „mit Überlegung erfolgende Ausführung der Tötung" erstreckt sich, wie schon die Fassung des Gesetzestextes zeigt, der Vorsatz nicht (Olshausen, 11. Aufl., Bem. 7 zu § 211 StGB.). Der vorsätzliche Täter muß lediglich wissen, was er will und es trotzdem wollen. Mit dem Vorsatz hat die Überlegung nichts zu tun, beides sind selbständige, voneinander unabhängige Begriffe. So hat das RG. in ständiger Rspr. ausgeführt, daß eine im Affekt beschlossene, aber überlegt ausgeführte Tötung Mord sei (vgl. Olshausen, 11. Aufl., Bem. 5 zu § 211 und die dort angeführten Entsch. und RGSt. 62, 196). Es ist daher rechtlich unbedenklich, wenn das SchwGUrt. besagt: „Es mag zwar sein, daß der Angekl., als die T. ihm ihre Schwangerschaft mitteilte und ein Abtreibungsmittel erbat, den Entschluß, das Mädchen zu töten, im Affekt gefaßt hat.

---

fern ein selbständiges Tatbestandsmerkmal bedeute. Insoweit wäre dem RG. unbedingt zu folgen. Tatsächlich sagt das RG. aber mehr, indem es die Sätze aufstellt: „Mit dem Vorsatz hat die Überlegung nichts zu tun" und „Auf die mit Überlegung erfolgende Ausführung der Tötung erstreckt sich der Vorsatz des Mörders nicht." Diese Ausführungen sind m. E. irreführend und überspitzen die Unterscheidung zwischen Tötungsvorsatz und der zur Ausführung der Tötung gesetzlich notwendigen Überlegung. Daß die Überlegung mit dem Vorsatz nichts zu tun habe, beides vielmehr „selbständige, voneinander unabhängige Begriffe" seien, könnte man mit Recht nur behaupten, wenn Vorsatz und Überlegung völlig wesensfremd einander gegenüberständen. In dieser Richtung hat sich das RG. für den Mordtatbestand allerdings mehrfach ausgesprochen und betont, daß die Vorbereitung des Verbrechens nicht auf Überlegung zu beruhen brauche (vgl. hierzu JW. 1928, 2982[12] sowie neuerdings RGSt. 62, 196: „es ist nicht erforderlich, daß der Täter besonnen, bedacht ... die Tat vorbereitet hat"). Tatsächlich stehen jedoch die beiden Begriffe in einem außerordentlich nahen Verhältnis zueinander, und zwar wird der Vorsatz zum großen Teil aus dem Element der Überlegung gebildet. Wer eine vorsätzliche Handlung begeht, muß von der Eigenschaft und der Tragweite seines Verhaltens und des sich ihm anschließenden Erfolges eine bestimmte Vorstellung haben. Neben diesem „Wissen" erfordert der Vorsatz noch den „Willen", die dem geistigen Auge des Täters vorgestellte Veränderung in der körperlichen Außenwelt in die Wirklichkeit zu überführen. Dieses Wissen und Wollen tritt, wenn eine vorsätzliche Handlung begangen wird, keineswegs plötzlich in Erscheinung. Die Lust zu einer Willensbetätigung wurzelt zumeist in dem Vorstellungsleben; das mit den bestehenden Verhältnissen unzufriedene Individuum will an Stelle der Unlust Lust setzen. Von triebhaften Handlungen abgesehen, bringen regelmäßig lustbetonte Vorstellungen den schlafenden Willen über den toten Punkt. Die Vorstellung, die den Willen begleitet, ihm Richtung und Ziel gibt, hilft vor allem auch den Willensentschluß vorbereiten. Der Willensträger prüft die Gründe, die für und wider die geplante Handlung sprechen. Er bedenkt die möglichen Nachteile und erwägt auf der anderen Seite die erwarteten Vorteile. Die Mittel zur Tat werden dem geistigen Auge vorgeführt, die Zeit, der Ort und die näheren Begleitumstände erwogen. Diesem Stadium der „Überlegung", in dem die verschiedensten Denkoperationen Platz greifen und zugleich die miteinander in Widerstreit stehenden Beweggründe gegeneinander abgewogen werden, macht der Willensentschluß ein Ende (vgl. hierüber des näheren meine Bespr. in JW. 1925, 1495[6, 7]).

Die als Element des Vorsatzes vorhandene Überlegung bereitet aber nicht nur die Willensentsch. vor, sondern sie waltet in den meisten Fällen auch noch in dem sich an den Willensentschluß anschließenden Zeitraume. Nachdem aus dem Wirbel der über das Ob und Wie entbrannten inneren Kämpfe die Willensentscheidung emporgestiegen ist, muß die Vernunft das verbrecherische Geschehen auch weiterhin leiten und überwachen und dafür sorgen, daß der verbrecherische Wille endgültig in die Wirklichkeit umgesetzt werde. In diesem Stadium kann die Überlegung, wie sie der Vorbereitung des verbrecherischen Entschlusses eigen war, eine neue Färbung gewinnen: Es ist möglich, daß sich der Täter über alle Einzelheiten der Tat nicht vollständig klargeworden war; es ist auch denkbar, daß, weil sich nicht alles dem ursprünglichen Plane nach durchführen läßt, neue Überlegungen nötig werden. Dies etwa, weil der Täter die Überzeugung gewinnt, der Ausführung könnte allzu schnell die Entdeckung des Verbrechens folgen, oder weil er einsieht, die Mordwerkzeuge seien nicht tauglich. Auch der Wille kann sich unter Umständen durch besondere Ereignisse, Bitten des Opfers um Mitleid u. dgl., vor eine nochmalige Wahlentscheidung gestellt sehen, ob der verbrecherische Plan wirklich und gerade in der vorbedachten Weise ausgeführt werden solle. Denn wie der Vorsatz sich aus Wissen und Wollen zusammensetzt, so treffen wir auch bei der „Überlegung" ebensowohl Wissens- wie Willensmomente. Dem entspricht es, daß, wie für den Vorsatzbegriff sich Vorstellungs- und Willenstheorie gegenüberstehen, sich für den Überlegungsbegriff die voluntaristische von der intellektuellen Auffassung unterscheidet. Das RG. hält im allgemeinen mit Recht den Mittelweg inne, von dem es offenbar auch nicht in der nur die Verstandestätigkeit betonenden Entsch. JW. 1931, 939[13] abgehen wollte.

Das RG. verweist bei Aufstellung des Satzes, daß der Vorsatz sich nicht auf die überlegte Ausführung der Tötung erstrecke, auf Olshausen, Komm., 11. Aufl. Dort (S. 952) wird erklärt, die mit „Überlegung" ausgeführte Tat brauche nicht vorsätzlich begangen zu sein, auch die fahrlässige Tat könne mit Überlegung begangen werden. Dieser Satz erbringt nur scheinbar einen Beweis für die Unrichtigkeit der hier vertretenen Meinung. Denn er trifft nur insoweit zu, als man den durch die fahrlässige Handlung herbeigeführten Erfolg ins Auge faßt. Der fahrlässig gezeitigte Erfolg kann allerdings niemals mit „Überlegung" herbeigeführt worden sein. Indessen der auf Fahrlässigkeitsschuld beruhende Erfolg setzt als Mittel für seinen Eintritt eine Handlung, und zwar immer ein vorsätzliches Tun voraus, und dieses kann, wie jede vorsätzliche Handlung, nur mit Überlegung vorgenommen werden. Der Willensentschluß, der zum fahrlässigen Erfolg führt, erfordert demnach genau in derselben Weise eine Überlegung des Täters, wie bei dem vorsätzlich verursachten rechtswidrigen Erfolg. Auch die von Olshausen in Bezug genommenen Normen Bindings (II², 2. Aufl. 1916, S. 987) bringen keine Widerlegung der hier vorgetragenen Ansicht. Dort wird zunächst zwar auch von Vorsatz und Überlegung als voneinander unabhängigen Tatbestandsmerkmalen gesprochen, indessen heißt es im Fortgang der Darlegungen, daß, wenn es einmal zur Tötung gekommen sei, „sich Mord- und Totschlagsvorsatz begrifflich vollständig decken und sich beide nur durch Gradunterschiede unterscheiden". Überlegt ausgeführter Mord ist nach Binding ohne dolus praemeditatus nicht denkbar, weshalb er auch (S. 1147) den Satz aufstellt: „Die Strafbarkeitsmerkmale der Überlegtheit und Unüberlegtheit sind der Entstehungsgeschichte der vorsätzlichen Entschließung entnommen."

Wenn das RG. in der obigen Entsch. leugnet, daß der Vorsatz mit der Überlegung etwas zu tun habe, so entfernt es sich hiermit auch von dem Standpunkt, den der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 211 StGB. eingenommen hatte. § 175 PrStGB. definierte den Mord mit den Worten: „Wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet..." Die Fassung des DStGB. wurde lediglich deshalb gewählt, um in der Praxis aufgetauchte Zweifel darüber zu beseitigen, ob eine mit überlegtem Vorsatze geplante, aber ohne Überlegung ausgeführte Tötung dem Morde zuzurechnen sei (vgl. RGSt. 8, 276). Der Gesetzgeber ist demnach davon ausgegangen, daß dem Tötungs-, also auch dem Mordvorsatz, bereits das Moment der Überlegung innewohne.

Mit der Überlegung verhält es sich, wie ich bereits in meiner Bespr. zu JW. 1928, 2982[12] dargelegt habe, ähnlich, wie mit der Absicht. Die Absicht ist keineswegs gegenüber dem Vorsatz etwas Grundverschiedenes, vielmehr setzt das Absichtsdelikt logisch eine vorsätzliche Handlung stets voraus. Das Gesetz kümmert sich, wenn es nur den Vorsatz unter Strafe stellt, nicht um die Absicht, die der Täter mit seiner Handlung — jede Handlung des vernunftbegabten Menschen wird in bestimmter Absicht vorgenommen — verfolgt. Die Absicht des Täters spielt nur dann eine rechtliche Rolle, wenn sie der Gesetzgeber ausdrücklich mit in den Deliktstatbestand aufgenommen hat. Eine vorsätzliche Handlung ist nicht denkbar, ohne daß der Täter seine Vernunfttätigkeit hat walten lassen, das Ob, das Wie, das Wo und das Wann der Ausführung sich „überlegt" hat. Mag auch, wie wir sahen, diese Überlegung meist bis zur Vollendung der vorsätzlichen Handlung fortbestehen, so kümmert sich doch der Gesetzgeber gemeinhin nicht darum, ob die Ausführung der vorsätzlichen Tat noch unter dem Zeichen der Überlegung gestanden hat. Eine Ausnahme besteht nur da, wo die Überlegung bei der Ausführung, wie gerade bei § 211 StGB., zum besonderen Tatbestandsmerkmal erhoben worden ist. Hier ist infolgedessen stets der besondere Nachweis notwendig, daß die Ausführung der Handlung mit Überlegung geschehen ist.

Es mag auch sein, daß die dadurch hervorgerufene Erregung das Maß der naturgemäßen Erregung dessen, der einen Anderen zu töten im Begriff ist, überstiegen hat... Der Angekl. hat aber alsbald nach dem Entschluß (d. h. Tötungsvorsatz) seine vollständige Ruhe wiedererlangt und bei Ausübung der Tat die von ihr abhaltenden Motive mit denen, die zu ihr hindrängten, kaltblütig und folgerichtig abgewogen."

Mit den letzteren und darauf folgenden, unter sechs Gesichtspunkten zusammengestellten, Ausführungen weist das Urt. frei von Rechtsirrtum nach, daß das Verhalten des Angekl. vor, während und nach der Tat dafür spreche, daß er sie mit Überlegung ausgeführt habe. Diesen Begriff hat der Vorderrichter nicht, wie die Rev. meint, überspannt. Mit Überlegung handelt nach RGSt. 42, 262 derjenige Täter, der bei der Ausführung mit genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zweckes gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe, sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit, vorgeht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in dieser Hinsicht auch vor und nach der Tat liegende Vorgänge dem Tatrichter Aufschluß hinsichtlich der „Überlegung der Ausführung" geben können (RGUrt. v. 4. Okt. 1926, II 816/26). Solche Momente hat der Erstrichter ausführlich tatsächlich festgestellt. Ein Rechtsirrtum ist dabei nicht erkennbar. Rechtsirrig ist es daher, wenn die Rev. ausführt, das Herbeiholen des Hammers zu dem vom Angekl. beschlossenen Mord aus dem etwa 100 m vom Tatort entfernten Eisenbahnschuppen habe ebensowenig zur Feststellung der „Überlegung" verwertet werden dürfen, wie das Schlagen mit der Breitseite des schweren Hammers auf den Kopf der T. und das Wegschaffen des Hammers nach der Tat.

(4. Sen. v. 15. April 1930; 4 D 36/30.) [D.]

24. § 212 i. Verb. m. §§ 251, 246 StGB. Wegnahme von dem Ermordeten gehörigen Gegenständen — Raub oder Unterschlagung.†)

Bedenken bestehen hinsichtlich des rechtlichen Verhältnisses des Mordes zu der Wegnahme der Sachen des Getöteten. Das SchwG. hat Tatmehrheit von Mord und Unterschlagung angenommen und ist dabei unter Berufung auf die Entsch. in RGSt. 56, 24 und 58, 229 davon ausgegangen, daß die Wegnahme nie etwas anderes als Unterschlagung sein könne, wenn sie nach dem Tode des Gewahrsamsinhabers geschehe. Bei Sachlagen von der in RGSt. 60, 51, 163 behandelten Art ist aber vielmehr schwerer Raub in Tateinheit mit Mord anzunehmen, und nach den

---

Auf diese Weise werden diejenigen Tötungen aus dem Rahmen der Mordvorschrift ausgeschieden, in denen ein solcher Nachweis nicht mit Sicherheit zu führen ist. Man denke an den Fall, daß jemand, der seinen Mordplan aufs sorgfältigste durchdacht und alles zu seiner Ausführung Erforderliche vorbereitet hat, auf sein Opfer lauernd, eingeschlafen ist. Schrickt dieser Verbrecher, wenn der erwartete Wagen plötzlich vorfährt, in seinem Versteck auf, um nun sofort das schußbereite Gewehr abzufeuern, so ist die als Mord geplante Tat nur als Totschlag zur Ausführung gekommen. Denn der plötzlich erwachte Täter hatte keine Zeit, in dem Augenblick des plötzlichen Handelns sich nochmals über seine Tat Rechnung zu geben und etwaige Hemmungsvorstellungen aufkommen zu lassen.

Daß für den Nachweis der Überlegung ebensowohl vor wie nach der Tat liegende Vorgänge herangezogen werden können, betont das RG. mit Recht. Wenn dabei Vorgänge vor der Tat in Betracht kommen, wird es sich regelmäßig um solche handeln, die gerade den überlegten Tatentschluß offenbaren. Daß die Überlegung schon bei Bildung des Entschlusses zur Tat vorhanden ist, hat übrigens früher RGSt. 48, 174 (vgl. auch GoltdArch. 65, 533) zutreffend betont. Die Entsch. ist zwar zu § 95 StGB. ergangen, sagt aber ausdrücklich, daß für § 211 StGB. dasselbe gelte.

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Zu 24. Ist eine vorsätzliche, mit Überlegung ausgeführte Tötung von dem Willen begleitet, sich im Gewahrsam des Opfers befindliche Sachen anzueignen, so ist bei einer Durchführung dieses Planes Mord in Idealkonkurrenz mit Raub (§ 251) gegeben. Denn die auf die Sachen gerichtete Tat erfolgt nicht etwa nur als Unterschlagung gegenüber dem nicht mehr Gewahrsam besitzenden Toten, sie ist schon gegen den Lebenden als „Wegnahme" gerichtet. Diese Wegnahme bedeutet ja den Bruch fremden und die Begründung eigenen Gewahrsams. Beides geschieht schon durch die Tötungshandlung. Diese Beurteilung trifft auch zu auf den RGSt. 58, 228 fälschlich als „Unterschlagung" gewerteten Fall, bei dessen Sachlage „gerade der Plan der Angekl. und ihre Erwartung" darauf gerichtet waren, „nach der Ermordung der Frau H. sich deren Sachen ungestört aneignen zu können". Unrichtig ist hier die Feststellung des RG.: „indem sie sich ungestört daran machten, deren Wohnung auszuräumen, und indem sie alles aufsuchten und fortnahmen, was ihnen des Mitnehmens wert schien, haben sie somit sich Sachen zugeeignet, die niemand anders als sie selbst in Gewahrsam hatte. Insoweit liegt daher nicht Diebstahl, sondern Unterschlagung vor." Schon bei der Tötung war der Vorsatz auf Inbesitznahme der Sachen gerichtet; ihm entsprechend ist durch die Tötungshandlung der fremde Gewahrsam gebrochen worden. Insofern also — Bruch des fremden Gewahrsams — ist die „Wegnahme" jedenfalls durch die Tötungshandlung schon gegenüber dem Lebenden erfolgt. Es genügt, wenn die als eine Einheit zu beurteilende Wegnahmehandlung in einem wesentlichen Teile, dem Bruch des fremden Gewahrsams, durch die Tötungshandlung gegenüber dem Lebenden erfolgt ist. Gewahrsam ist ja die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft über eine Sache.

Sonach ergibt sich: Haben die Täter es von Anfang an auf eine bestimmte Sache oder wenigstens einen individuell hinreichend bestimmten Bereich von Sachen abgesehen, so ist mit der Tötung die Wegnahme vollständig durchgeführt, der Bruch des fremden, die Begründung des eigenen Gewahrsams vollendet. So etwa, wenn sie das im Besitze ihres Opfers befindliche Geld, Wertsachen, Kostbarkeiten erbeuten wollen, oder wenn ihr Wille etwa auf alle im Gewahrsam des Ermordeten befindlichen Sachen gerichtet ist. Ist der Plan unbestimmt, will der Täter nach Eintritt des Todes etwa gewisse, ihm noch nicht individuell vorschwebende Sachen auswählen, so ist die Beurteilung übereinstimmend, wenn auch in diesem Falle die Wegnahme durch die Tötung noch nicht vollendet ist. Jedenfalls ist sie schon zu einem wesentlichen Teil vollzogen in dem Bruch des fremden Gewahrsams. Insofern und soweit ist durch die Tötungshandlung schon „weggenommen"; die Begründung des eigenen Gewahrsams, die Bildung des eigenen Herrschaftswillens an einzelnen Gegenständen vollzieht sich in solchen Fällen erst nach der Tötungshandlung. Für die gegebene Beurteilung genügt es, wenn die Wegnahme zum hauptsächlichsten Teil schon durch die Tötungshandlung erfolgt ist. — Allerdings ist das Delikt vollendet in solchen Fällen erst mit der Auswahl bzw. Ansichnahme der Gegenstände. Tritt der Täter etwa unfreiwillig vorher zurück, so kann nur Versuch, bei freiwilligem Rücktritt strafloser Versuch vorliegen. Dennoch aber muß, da die Wegnahme eine einheitliche Handlung ist, die sich in dieser Beurteilung nicht zerlegen läßt, angenommen werden, daß sie gegenüber dem Lebenden erfolgte, weil sie in der Hauptsache einem Lebenden gegenüber sich abgespielt hat.

In der zutreffenden Entsch. RGSt. 60, 51 wird der beurteilte Tatbestand mit Unrecht in Gegensatz zu dem Falle RGSt. 58, 228 gestellt; es handele sich um eine Sachlage anderer Art, indem im Falle RGSt. 58, 228 „eine der Tötung erst mit zeitlichem Abstande nachfolgende Wegnahme von Sachen zu beurteilen war, auf deren Erlangung der Plan der Täter nicht unmittelbar gerichtet gewesen war". RGSt. 58, 229 wird nun aber ausdrücklich eine dem Falle RGSt. 60, 51 entsprechende subjektive Lage hervorgehoben: „der Plan der Angekl. und ihre Erwartung, nach der Ermordung der Frau H. sich deren Sachen ungestört aneignen zu können." Ähnlich betont RGSt. 60, 51 für den anders entschiedenen Fall, „daß hier der Zweck der Tötung gerade der gewesen ist, sich den ungestörten Zugriff zu den für eine Wegnahme geeigneten Wertsachen des Opfers, also die Verfügungsgewalt über diese, zu verschaffen". Auch darin stimmen beide Tatbestände überein, daß der Täterwille nicht auf Aneignung aller, sondern auf die auszuwählenden „geeigneten" Sachen gerichtet ist.

Ist wie in dem Schlußabsatz des obigen Urteils der Vorsatz bei der Tötung auf bestimmte Sachen (Geld) gerichtet, und entschließt sich der Täter nach der Tötung mit neuem Vorsatz zur Fortnahme anderer Sachen, so kann in dieser Hinsicht allerdings nur Unterschlagung in Frage kommen. — Die vom RG. ferner erörterte Frage, ob der Täter den Aufenthaltsort des Geldes kannte oder noch danach suchen mußte, dürfte nicht von entscheidender Bedeutung sein, sofern nur der Täter wußte, daß das Geld des Ermordeten in seiner Wohnung war, er somit vorsätzlich durch die Tötung dessen Gewahrsam brechen konnte.

Die umstrittenen Fälle des Zusammentreffens von Raub- und Tötungsdelikten dürften also folgendermaßen zu beurteilen sein:

Ist der Vorsatz von Anfang an auf Tötung und Wegnahme gerichtet, so sind die Strafnormen der §§ 211 oder 212 und 251 verwirklicht (in Tateinheit nach geltendem Recht, § 73).

Ging der Vorsatz auf Tötung; auf Wegnahme erst nach Eintritt des Totes, so treffen §§ 211, 212 mit §§ 242 oder 246 zusammen (in Tatmehrheit, § 74).

Richtete sich der Vorsatz ursprünglich nur auf Tötung, erst

tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urt. darüber, daß der Angekl. ausgekundschaftet hatte, wo D. sein Geld verwahrte, daß er ferner den D. getötet hat, um zu dessen Geld zu gelangen, und unmittelbar nach der Tötung D.s auch dessen Geld an sich genommen hat, kam Raub jedenfalls insoweit in Frage, als der Angekl. den Aufbewahrungsort des Geldes kannte und nicht erst nach der Tötung D.s in der Wohnung nach dem Gelde suchen mußte, und das wäre nach den Darlegungen des Urt. wohl hinsichtlich des Geldes in der Registrierkasse der Fall gewesen, während es bezüglich des Geldes in der Blechdose zweifelhaft sein möchte.

(1. Sen. v. 24. Febr. 1931; 1 D 131/31.) [D.]

25. § 213 StGB.

1. Zur Annahme einer schweren Beleidigung i. S. dieser Bestimmung genügt jede schwere Kränkung des Totschlägers durch das Verhalten des Getöteten.

2. Die Vorschrift behandelt nicht einen privilegierten Totschlagsfall, ihre Bedeutung besteht vielmehr nur darin, daß unter gewissen, im Gesetz hervorgehobenen Voraussetzungen die Zubilligung mildernder Umstände, die im übrigen Ermessensfrage ist, zwingend vorgeschrieben ist. †)

Das SchwG. hätte sich bei der Lage des Falles darüber aussprechen müssen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des im § 213 StGB. besonders hervorgehobenen Milderungsgrundes gegeben seien. Es nimmt zugunsten des Angekl. an, daß „seine sittlich verwahrloste Frau ihn gereizt und er sie im Jähzorn erschlagen" habe. Welcher Art diese Reizung gewesen ist, und ob der Angekl. das ihn reizende Verhalten seiner Ehefrau verschuldet hat, hätte erörtert werden müssen, ist aber unerörtert geblieben. Wäre der Angekl. ohne eigene Schuld durch eine ihm zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von seiner Ehefrau zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden, so hätte nur der Strafrahmen des § 213, nicht der des § 212 StGB. Anwendung finden können. Eine Erörterung nach dieser Richtung wäre um so mehr geboten gewesen, als nach der auf S. 16 der Urteilsabschrift wiedergegebenen, vom SchwG. anscheinend als möglicherweise zutreffend angesehenen Behauptung des Angekl. seine Ehefrau am Nachmittage des Tattages seine Wohnung hat verlassen wollen, um sich zu einem Liebhaber nach Halle zu begeben. Denn der Begriff der schweren Beleidigung in § 213 StGB. ist nicht in seiner technischen strafrechtlichen Bedeutung zu verstehen; vielmehr genügt jede schwere Kränkung des Totschlägers durch das Verhalten des Getöteten. Dieser Rechtsfehler nötigt jedoch nicht zur Aufhebung des ganzen Urteils, sondern nur zu der des Strafausspruchs. Die Frage, ob der Angekl. sich durch seine Handlungsweise eines Totschlags nach § 212 StGB. schuldig gemacht hat, wird durch die Anwendung des § 213 StGB. nicht berührt. § 213 behandelt nicht einen mit besonderen Merkmalen ausgestatteten qualifizierten Fall des Totschlags. Seine Bedeutung besteht vielmehr nur darin, daß unter gewissen im Gesetz hervorgehobenen Voraussetzungen die Zubilligung mildernder Umstände, die im übrigen Ermessenssache ist, zwingend vorgeschrieben ist (vgl. RGUrt. v. 11. April 1929, II 209/29 = DRZ. 1929, 383).

(1. Sen. v. 8. Mai 1931; 1 D 354/31.) [A.]

26. §§ 214, 251 StGB. Tötung beim Raub. Die gleichzeitige Anwendung der §§ 214 und 251 StGB. nebeneinander ist rechtlich unmöglich. †)

Die vorsätzlich herbeigeführte Tötung der Frau K. verwendet das SchwG. für die Annahme des Erschwerungsgrundes des § 251 StGB., gleichzeitig aber auch für die Annahme eines erschwerten Totschlags nach § 214 StGB. Das aber ist in sich widerspruchsvoll und rechtlich unmöglich. Wenn eine gegen die Frau K. zu verübende und auf deren Tötung gerichtete Gewalt von den Angekl. schon als Mittel der Nötigung und damit der Ausführung des Raubes ins Auge gefaßt war und dementsprechend angewendet wurde, so war die hierdurch vorsätzlich herbeigeführte Tötung schon der Erfolg dieser Gewalt und damit zwar ein Tatbestandsmerkmal des besonders schweren Raubes nach § 251 StGB., sie kann aber dann nicht darüber hinaus noch gleichzeitig als ein Mittel dafür gewollt und angewendet worden sein, um ein außerhalb des Raubes liegendes und der Aus-

---

nach Vornahme der Tötungshandlung aber vor Eintritt des Todes auch auf Wegnahme, und geschah in dieser Art auch die Verwirklichung, so ist auch hier Raub gegeben. Wohl nicht zutreffend nimmt Frank (Note VII zu § 249) hier neben dem Tötungsdelikte einen real konkurrierenden Diebstahl an: wurde in diesem Falle die Tötungshandlung auch nicht zum Zwecke der Wegnahme vorgenommen, so ist doch die angewendete Gewalt jedenfalls vorsätzlich gegenüber dem Lebenden zur Durchsetzung der Wegnahme ausgenützt worden.

Vgl. zu diesen Fragen jetzt insbes. die Ausführungen des RA. Dr. Jonas Wolf, Köln: „Die Idealkonkurrenz zwischen Mord und Raub mit Todesfolge": Strafrechtl. Abhandlungen Heft 262, Breslau 1929.

Prof. Dr. Coenders, Köln.

Zu 25. Der Hinweis auf das Urt. des 2. StrSen. v. 11. April 1929 steht an verkehrter Stelle. Jenes Urteil behandelt nicht die oben zu 2 formulierte Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der Provokation, sondern die zu 1 behandelte Frage, wann eine schwere Beleidigung i. S. des § 213 angenommen werden darf. Es beantwortet sie in gleicher Weise wie das vorliegende Urteil, das sich insoweit außerdem auf die einhellige Meinung der älteren (HoltzendorffsHb. III, 437; Hälschner Bd. II S. 42) und neueren Doktrin stützen kann. Zum zweiten Punkte hätte das RG. sich auf die Entsch. des 4. StrSen. v. 8. Juni 1888 (RGSt. 14 Nr. 74) berufen können, welches in der Reizung zum Zorn zwar einen vom Strafgesetze besonders vorgesehenen strafmindernden Umstand i. S. des § 263 (damals § 262) StPO. erblickt, zu dessen Verneinung deshalb schon damals Zweidrittelmehrheit gehörte, dabei aber ausdrücklich hervorhebt, daß der Tatbestand des § 212 als Voraussetzung für die Anwendung des § 213 vollständig in den letzteren aufgenommen und in § 213 nur für die näher bezeichneten Fälle eine verminderte Strafbarkeit des Totschlags in dessen allgemein festgestellter gesetzlicher Bedeutung anerkannt worden ist. Ist also, wie hier, der Tatbestand des Totschlags vom Untergericht einwandfrei festgestellt und nur die Frage der Provokation ungenügend geprüft worden, so wird man zugeben müssen, daß sich die Aufhebung des Urteils gem. § 353 StPO. nur auf die Strafbemessung erstreckt und den Schuldspruch selber unberührt läßt.

Prof. Dr. Graf zu Dohna, Bonn.

Zu 26. Das RG. hat in ständ. Rspr. die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von vorsätzlicher Tötung (§ 211 oder 212) und Raub mit Todesfolge (§ 251) anerkannt (vgl. RGSt. 4, 287; 44, 223; 59, 273). Man könnte die Richtigkeit dieser Ansicht bezweifeln. Denn es ist zwar zu § 251 StGB. nur die Verursachung des Todes erforderlich; die vorsätzliche Tötung geht daher auf der inneren Tatseite über § 251 StGB. hinaus und enthält somit ein Moment, das in einer Bestrafung aus dieser Bestimmung nicht abgegolten ist. Andererseits ist aber § 251 StGB. ein qualifizierter Fall des einfachen Raubes, und die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung enthält auch das Moment der objektiven Herbeiführung des Todes, das als erschwerender Umstand in § 251 verwendet wird, so daß es doppelt zur Beurteilung herangezogen wird. Würde man aber deshalb § 251 ausscheiden und nur Tateinheit zwischen einfachem Raub und vorsätzlicher Tötung annehmen, so würde das bei Totschlag zu dem ungereimten Ergebnis führen, daß i. Verb. m. Raub die nicht vorsätzliche Herbeiführung des Todes strenger bestraft würde als die vorsätzliche. Die besondere erschwerende Bedeutung, die der Todesfolge gerade beim Raube nach dem Willen des Gesetzes zukommt, zwingt auch bei vorsätzlicher Tötung zur Heranziehung des § 251.

In der vorl. Entsch. lehnt das RG. nun aber eine Tateinheit zwischen §§ 214 u. 251 StGB., und zwar nicht nur für den konkreten Fall, sondern allgemein als rechtlich undenkbar ab. Die zur Stütze herangezogene Entsch. RGSt. 57, 67 behandelt den Fall eines Zusammentreffens von Mord und Totschlag zur Beseitigung eines der Ausführung des Mordes entgegentretenden Hindernisses an derselben Person. Der Grund der Unmöglichkeit dieses Zusammentreffens liegt darin, daß die Beseitigung des Hindernisses ja notwendig objektiv und auch nach der Vorstellung des Täters schon den Erfolg herbeiführt, dessen Herbeiführung durch die Beseitigung erst ermöglicht werden soll. Anders liegt es im Verhältnis der §§ 214 u. 251 StGB. Hier ist es an sich möglich, den Menschen, an welchem der Raub verübt wird, als Hindernis seiner Ausführung anzusehen. So hat auch das RG. in manchen Entsch. bei Diebstahl die Mittel, mit denen der Berechtigte seinen Gewahrsam aufrechterhielt, als Hindernis der Wegnahme bezeichnet (RGSt. 53, 217; 55, 191). Die Unvereinbarkeit folgt vielmehr daraus, daß das Hindernis, das § 214 voraussetzt, ein solches sein muß, welches der Ausführung der strafbaren Handlung entgegentritt. Erforderlich ist also ein außerhalb der Tat liegendes Hindernis, das bei Raub in dem Angegriffenen

führung desselben entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen; war die Getötete gerade das Objekt einer zum Raub angewandten Gewalt und ihre Tötung das Ziel dieser Gewaltanwendung, so kann dieselbe Person weder nach der Sachlage noch auch nach der Vorstellung der Täter ein Hindernis für die Ausführung dieses Raubes gebildet haben (vgl. RGSt. 57, 67). Das gleiche hat entsprechend auch umgekehrt zu gelten: Wenn die Frau K. überhaupt nach der Vorstellung der Täter ein der Ausführung des Raubes entgegentretendes Hindernis bilden konnte und erst zur Beseitigung dieses Hindernisses das Mittel der vorsätzlichen Tötung von ihnen angewendet wurde, so konnte eine solche Tötung zwar den Tatbestand des § 214 StGB. verwirklichen, sie kann dann aber nicht auch schon vorher als Mittel der Gewalt zur Ausführung des Raubes gegen dieselbe Person angewendet worden sein. Diesen rechtlich unlösbaren Widerspruch zeigt das Urt. auch schon nach der rein tatsächlichen Seite, indem es einmal feststellt, die Frau K. sei den Angekl. entsprechend ihrem Plan im Laden „fast programmäßig gegenübergetreten", während es an anderer Stelle dieses selbe Erscheinen der Frau K. im Laden als ein den Tätern entgegentretendes Hindernis bezeichnet, das nun erst den Entschluß der Tötung bei dem Angekl. F. hervorgerufen habe; ist aber letztere Feststellung richtig, dann kann nicht, wie das Urt. an anderer Stelle wiederum annimmt, der Tod der Frau K. durch eine „dabei" — nämlich schon bei Ausführung der Nötigungshandlung — verübte und auf vorsätzliche Tötung gerichtete Gewalt herbeigeführt worden sein; worin diese „dabei verübte Gewalt" im einzelnen bestanden habe, sagt das Urt. hier überhaupt nicht und stellt unmittelbar vorher fest, daß der Vorsatz der Täter nur auf Bedrohung der Frau K. mittels der Pistole gegangen sei.

Da dieser Rechtsirrtum in gleicher Weise den Schuldspruch aus § 251 StGB. — und damit notwendigerweise die Verurteilung wegen versuchten Raubes überhaupt — wie auch aus § 214 StGB. beeinflußt hat, nötigt schon er allein zur Aufhebung des Urt. nach beiden Richtungen.

(3. Sen. v. 26. Febr. 1931; 3 D 85/31.) [D.]

27. § 217 StGB. Kindesmord durch Unterlassung der Sorge für Beistand bei der Niederkunft. †)

Obwohl die Angekl. schon im Januar 1929 wußte, daß sie im dritten Monat schwanger war, suchte sie noch in der Folge ihren Zustand auch ihren Angehörigen gegenüber zu verheimlichen. Diese ließ sie, selbst als ihre Niederkunft schon unmittelbar bevorstand, noch über deren Zeitpunkt im unklaren. Als sie in der Nacht zum 9. Juli 1929 infolge heftiger Leib- und Rückenschmerzen erwachte, erkannte sie diese sofort als Geburtswehen. Nachdem sie zum erstenmal den Abort aufgesucht hatte, beruhigte sie ihre Mutter mit der Erklärung, sie habe sich nur den Magen verdorben. All das tat die Angekl., weil sie von dem Wunsche beseelt war, das zu erwartende Kind möge alsbald den Tod finden. Ihr Handeln richtete sie bewußt so ein, daß dieser Erfolg eintrete. Zu diesem Zweck unterließ sie es, für Beistand bei der Niederkunft zu sorgen. Durch die erwähnte falsche Angabe ihrer Mutter gegenüber, suchte sie diese noch im letzten Augenblick geflissentlich daran zu verhindern, entweder selbst Geburtshilfe zu leisten oder solche anderweit zu beschaffen. Im vollen Bewußtsein all der Gefahren, die bei einer Niederkunft in solch hilfloser Lage dem Leben des Kindes drohten, hat sie der Geburt in dem abseits gelegenen Abort in der sicheren Erwartung entgegengesehen, das Kind werde hierbei auf irgendeine Art zu Tode kommen.

---

nicht liegen kann. In dieser einschränkenden Auslegung des Begriffes „entgegentretendes Hindernis" in § 214 liegt die Bedeutung der Entsch. Sie ist im Falle des § 251 für das praktische Ergebnis unerheblich, da der Strafrahmen beider Bestimmungen derselbe ist.

Prof. Dr. v. Weber, Jena.

Zu 27. Bei der Betrachtung dieser Entsch. muß zunächst die Versuchung überwunden werden, die tatsächlichen Feststellungen nachzuprüfen. Es ist nun einmal festgestellt und muß daher im folgenden zugrunde gelegt werden, daß die Angekl. das ihr Vorgeworfene tat, weil sie „von dem Wunsche beseelt" war, das Kind möge alsbald den Tod finden, daß sie ihr Handeln (richtiger wohl Verhalten) bewußt auf diesen Erfolg einrichtete, und daß dieser nicht eingetreten wäre, wenn die Angekl. ihre Niederkunft mit Wissen ihrer Angehörigen im Zimmer erwartet hätte.

Das Verhalten der Angekl. war positives Tun insofern, als sie ihrer Mutter erklärte, sie habe Magenbeschwerden, anstatt die Wahrheit zu sagen, und sich auf den Abort begab, anstatt im Zimmer zu bleiben. Es war Unterlassung, soweit sie im übrigen nicht für Geburtshilfe sorgte. Beides ist nach der von mir vertretenen Ansicht gleichmäßig zu beurteilen danach, ob 1. hier ein „besseres" Verhalten möglich war, und 2. die Angekl. für die Nichtanwendung dieses Verhaltens verantwortlich war.

Zu 1. Gegenüber der durch die allgemeine Eigenart der menschlichen Lebensverhältnisse bedingten „natürlichen" Gefährlichkeit gibt es kein „besseres" Verhalten. Es hat keinen Sinn, zu Hause zu bleiben zur Vermeidung gerade der Gefahr, daß ein mir ungeschickt ausweichender Gegenpassant überfahren werden könnte. Mein Zuhausebleiben kann für diesen oder einen sonstigen Menschen unzählige andere Gefahren auslösen, die ich nicht übersehen kann. Anders schon, wenn ich bei der Begegnung auf der Straße eine bestimmte Gefahr, etwa durch den Beginn einer gefährlichen Ausweichbewegung meines Gegenpassanten, sich entwickeln sehe und durch mein Verhalten (Warnen, Zurückhalten, vielleicht auch nur Stehenbleiben) noch beseitigen könnte. Dann ist ein solches Verhalten durchaus sinnvoll; denn die hier vorliegende konkrete Gefahr ist natürlich im Augenblick erheblicher als die sonst vorliegenden abstrakten Gefahrmöglichkeiten.

Ebenso handelte es sich hier für die Angekl. nicht um die unzähligen und unabsehbaren Gefahren, die eine Geburt nach der Natur der Sache stets für das Kind mit sich bringt, sondern um eine ganz bestimmte, in dem vermeidbaren Mangel an Geburtshilfe begründete Gefahr. Ihre Beseitigung war sinnvoll und damit das der Angekl. mögliche bessere Verhalten.

Zu 2. In unserem Beispiel wird man den Fußgänger, wenn er das ihm mögliche Rettungsverhalten nicht anwendet, wohl moralisch, aber nicht ohne weiteres (Pflicht zur Interessenabwägung?) rechtlich verantwortlich finden. Anders jedoch, wenn die gedachte konkrete Gefahr sich dadurch als „Zusatzgefahr" darstellt, daß sie mit einer bestimmten sozialen Beziehung der beiden Beteiligten zusammenhängt. So z. B., wenn man als Vorgesetzter einem Untergebenen begegnet und erwarten kann, daß dieser diensteifrig den schmalen Bürgersteig verlassen wird, ohne die Gefahr des Überfahrenwerdens zu bedenken. Man ist dann für den andern eben „gefährlicher" als andere und muß diese Zusatzgefahr durch eigenes Verhalten ausgleichen. In diesem Sinne ist nun aber keine stärkere „soziale Verantwortlichkeit" denkbar als die einer Mutter gegenüber ihrem Kind. Sie allein weiß, wessen das hilflose Wesen bedarf, sie allein kann abhelfen, und jede Unterlassung solcher Abhilfe bedeutet keine abstrakte Gefahrmöglichkeit, sondern eine konkrete Gefahr.

Wesentlich ist hierbei, daß diese Bedeutung der Mutter für ihr Kind nicht auf einem zufälligen Zusammentreffen von Umständen beruht, wie es auch einmal bei einem Dritten eintreten könnte, etwa einer Freundin der Gebärenden, während diese selbst bewußtlos wäre und nicht abhelfen könnte. Sondern sie beruht auf der generellen Eigenart des Verhältnisses der Mutter zu ihrem Kinde, vermöge deren die Mutter zur Abhilfe „berufen" ist; berufen in demselben Sinn wie der vertraglich Verpflichtete, dem man die Erfüllung seiner Pflichten regelmäßig zutraut und daher überläßt („Rechtspflicht zum Handeln"; Kindermädchen, das den Kinderwagen fortrollen läßt), aber auch wie im obigen Beispiel der Vorgesetzte, der das gefährliche Verhalten des Untergebenen vermöge seiner allgemeinen dienstlichen Kenntnisse voraussieht, oder der Arzt, der einen bewußtlosen Verunglückten findet und vermöge der Art seiner Ausbildung regelmäßig besser als andere weiß, wie zu helfen ist, und wie schließlich der „positive" Täter, der stets und ohne weiteres in der Lage ist, die nur in seiner Person begründete Gefahr durch Unterlassung der Verbrechenshandlung abzuwenden. Man sieht, daß die Rechtspflicht zum Handeln auch einmal erheblich sein kann, dann aber nicht um ihrer selbst willen, sondern weil auch sie ein „Berufensein" herbeiführen kann. Nur dieses begründet aber die Verantwortlichkeit für die Nichtabwendung einer „Zusatzgefahr", wie sie hier in dem Mangel an Geburtshilfe lag. Für eine mitwissende Freundin z. B. hätte es zwar auch ein besseres Verhalten gegeben als Schweigen, nämlich Offenbarung der Wahrheit an die Mutter der Gebährenden. Aber sie wäre hierfür noch weniger verantwortlich gewesen als im obigen Beispiel der Fußgänger, der zufällig bemerkt, wie ein Passant sich durch ungeschicktes Ausweichen in Gefahr begibt, und trotzdem nicht abhilft. Ihre Verantwortlichkeit hätte nur daraus entstehen können, daß sie etwa durch die unwahre Mitteilung, die Gebärende habe nur Magenschmerzen, sich in eine gefährliche Beziehung zu der Umgebung des Kindes und damit zu diesem selbst setzte, indem sie den Glauben an die Wahrheit ihrer Mitteilung erweckte und dadurch weitere Nachforschungen nach dem Zustand der Gebärenden, die

Der vom Willen der Angekl. umfaßte Erfolg ist eingetreten. Er wäre, wie das SchwG. auf Grund tatsächlicher Erwägungen annimmt, verhütet worden, wenn die Angekl. ihre Niederkunft normalerweise mit Wissen ihrer Angehörigen im Zimmer erwartet hätte.

Damit ist der Tatbestand des § 217 StGB. sowohl nach der äußeren wie nach der inneren Tatseite hin rechtlich einwandfrei nachgewiesen.

(3. Sen. v. 6. März 1930; 3 D 117/30.) [D.]

28. § 263 StGB. **Im Abruf bestellter Waren nach Übertragung der Geschäftsaktiven liegt die Vorspiegelung, daß der Besteller zur Bezahlung gewillt und imstande ist.†)**

Das SchöffG. hat darin, daß der Angekl. noch am 10. Okt. 1928 von der Firma R. 108 kg Garne abrief, die er nicht bezahlt hat, einen Betrug erblickt. Der Angekl. habe die in dem schriftlichen Vertrage v. 18. Okt. 1928 niedergelegten Abmachungen mit D. (Übertragung des Warenlagers) bereits einige Zeit vorher getroffen und am 10. Okt. schon seine Zahlungsunfähigkeit gekannt. In dem Abruf der Waren habe die Vorspiegelung gelegen, daß er noch zahlungsfähig und noch Inhaber des Geschäfts sei. Er habe auch die sich aus § 157 BGB. ergebende Rechtspflicht gehabt, der Firma R. vor dem Abruf seine Verhältnisse klarzulegen, zum mindesten ihr mitzuteilen, daß er selbst derartig einschneidend über sein Vermögen verfügt habe, wie er es durch die Übergabe seines Geschäfts an D. getan habe. Dadurch, daß die Firma R. die Waren hingegeben habe ohne die Aussicht, den Gegenwert vom Angekl. zu erhalten, sei sie geschädigt worden. Gegen die Verurteilung bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Darin, daß der Angekl. von der Firma R. am 10. Okt. 1928 auf Grund des Kaufvertrags vom Februar 1928 108 kg Garne abrief und dann die gelieferten Waren in Empfang nahm, lag die Erklärung, daß er imstande und gewillt sei, auch seinerseits den Vertrag durch Zahlung des Kaufpreises zu erfüllen. Er war sich bewußt, daß diese Erklärung unwahr war. Denn durch die Übergabe seines Geschäfts an D. und die mit diesem getroffenen Abmachungen hatte er sich, wie er wußte, selbst die Möglichkeit genommen, seiner Zahlungspflicht gegenüber der Firma R. nachzukommen. Er hat dieser also falsche Tatsachen vorgespiegelt. Es erübrigt sich damit eine Prüfung nach der Richtung, inwieweit für den Angekl. bei Abruf der Waren eine Rechtspflicht zur Aufdeckung seiner Vermögensverhältnisse i. S. der reichsgerichtlichen Rspr. zu § 263 StGB. bestanden hat. Durch die Täuschung ist die Firma R. zur Lieferung der 108 kg Garne ohne Vorleistung des Angekl. oder Sicherheitsleistung (§ 321 BGB.) bestimmt und durch diese Verfügung ist ihr Vermögen beschädigt worden, da sie nach den Feststellungen des SchöffG. keine Aussicht auf Erlangung des Gegenwertes hat. Schließlich ist auch ausreichend nachgewiesen, daß der Angekl. in der Absicht gehandelt hat, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Rev., die das bestreitet, übersieht, daß der Angekl. nicht schlechthin ein Recht auf Lieferung des gekauften Garnes hatte, sondern daß diesem Recht seine Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises gegenüberstand, deren Erfüllung er selbst schuldhafterweise unmöglich gemacht hat.

(1. Sen. v. 8. Mai 1931; 1 D 1244/30.)

29. § 263 StGB. **Da das Wesen des Spiel- und Wettvertrages in der Ungewißheit der Vertragschließenden über den Eintritt oder Nichteintritt derjenigen Tatsache besteht, welche zur Entscheidung über Gewinn oder Verlust dient, so ist jede Vertragspartei zur Offenbarung ihrer etwaigen Kenntnis hiervon verpflichtet.†)**

Das BG. ist zu der Überzeugung von der Schuld des BeschwF., insbes. nach der Richtung, daß er zu dem Zeitpunkt, als er in der Wettannahmestelle des Buchmachers L.

---

sonst stattgefunden hätten, verhinderte. Hier wäre positives Tun (die Lüge von den Magenschmerzen) erforderlich gewesen nicht zur Begründung des Verbrechens selbst, sondern zur Begründung der sozialen Beziehung, auf deren Grundlage weiteres Handeln oder Unterlassen (z. B. die Nichtberichtigung der Lüge) erst Verbrechen sein konnte. Für die Angekl. bestand diese soziale Beziehung von vornherein in ihrer Eigenschaft als (werdende) Mutter. Daher war sie zur Abwendung der „Zusatzgefahr" (Mangel an Geburtshilfe) berufen und für die Nichtabwendung, gleichviel ob durch Tun oder Unterlassen erfolgt, zu bestrafen. Und zwar wäre sie das auch dann gewesen, wenn sie nicht, wie hier tatsächlich festgestellt, in der Absicht („von dem Wunsche beseelt") des Todeserfolges sich so verhalten hätte, sondern in dem an sich natürlichen und nicht unerlaubten Bestreben, das peinliche Ereignis zu verheimlichen und Vorwürfen oder Strafen seitens ihrer Eltern zu entgehen, wenn sie sich dabei nur bewußt war, daß sie durch rechtzeitige Offenbarung der Wahrheit den Tod des Kindes, sei es auch nur möglicherweise, verhindern könnte.

RA. Dr. Hoffmann, Altona.

Zu 28. Offensichtlich führt die wirtschaftliche Not der Gegenwart zu einem Bedürfnis nach verstärktem strafrechtlichen Schutz des Gläubigers gegen Erfüllungsvereitelung des Schuldners. Hierbei droht nicht selten die wirkliche oder vermeintliche Strafwürdigkeit die Grenzen der Tatbestände von Betrug und Untreue zu überschreiten. Im vorl. Fall ruft der Angekl. eine ihm aus einem früher abgeschlossenen Kaufvertrag zustehende Teillieferung in einem Augenblick ab, in dem die Übertragung seines Warenlagers und damit seiner gesamten Aktiven an einen Dritten beschlossen war und unmittelbar bevorstand. Der Verkäufer fühlt sich „betrogen". Gegen die Annahme eines Betruges sprechen zwei Bedenken:

I. Das Tatbestandsmerkmal der Täuschungshandlung sieht das RG. nicht in dem Schweigen über die bevorstehende Veräußerung, sondern in der in dem Abruf liegenden Erklärung, zur Zahlung des Kaufpreises gewillt und imstande zu sein. Aber es ist gerade die Frage, ob der Angekl. durch seinen Abruf diese Erklärung abgegeben hat. Wer eine Sache auf Abzahlung kauft mit der geheimen Absicht, sie alsbald zu verpfänden, begeht eine Täuschungshandlung nur, wenn er ausdrücklich erklärt, sich jeder Verfügung über den gekauften Gegenstand zu enthalten; so RGSt. 30, 181, — zu Unrecht vom LpzKomm. als Stütze der These verwandt, die Verschweigung der Verpfändungsabsicht genüge zur Täuschungshandlung (2b Abs. 2 zu § 263). Es muß eine bestimmte Tatsache aktiv vorgetäuscht sein, deren Negation die verschwiegene Wahrheit ist (Goldschmidt: ZStW. 48, 150 f.). Unmittelbar liegt in dem Abruf eine Erklärung, selbst zahlen zu wollen und zu können, nicht. Wer den Abruf in diesem erweiterten Sinn auslegt, kann es nur, indem er davon ausgeht, es sei von dem Käufer ein Hinweis auf eine etwa eingetretene Änderung seiner Verhältnisse zu erwarten. Damit fällt diese Annahme einer stillschweigenden Erklärung mehr und mehr zusammen mit der Meinung, zur Täuschung genüge ein Schweigen, wenn eine bestimmte Erklärung nach Treu und Glauben geboten ist. Diese Ausweitung des Betrugstatbestandes lehnt das RG. (RGSt. 46, 414) im Einklang mit der herrschenden Lehre (LpzKomm. 2b Abs. 3 zu § 263) mit guten Gründen ab. Dabei muß es auch dann bleiben, wenn der Täter sich nicht rein passiv verhält, sondern „etwas" sagt (Goldschmidt a. a. O.). Sieht man aber von der nach Treu und Glauben zu erwartenden Aufklärung des Käufers ab, so liegt in seinem Abruf keine positive Täuschungshandlung.

II. Auch die Feststellung des Vermögensschadens bleibt ungeklärt. Wenn man mit dem RG. die Täuschung in dem Abruf trotz bevorstehender Veräußerung sieht, so kann das Verhalten des Angekl. nur für diejenige Erfüllungsvereitelung kausal sein, die sich aus dem Übergang der gesamten Aktiven auf den Dritten ergibt, nicht aber für die Einbuße, die in dem Vermögensverfall des Käufers überhaupt liegt. Dann bedarf es aber des Nachweises, inwiefern sich im Hinblick auf die gesetzliche Schuldübernahme durch den Übernehmer des Warenlagers gemäß § 419 BGB. die Befriedigungsmöglichkeiten des Verkäufers erschwert haben.

Prof. Dr. M. Grünhut, Bonn.

Zu 29. Ein alter Schulfall (vgl. v. Liszt, Strafrechtsfälle, 12. Aufl., Nr. 198), der zweifellos i. S. einer Verurteilung wegen Betruges zu entscheiden ist. Nur bedarf ein Punkt der Begründung der Klarstellung. Eine Täuschungshandlung ist nicht deshalb gegeben, weil für den Wettenden eine Pflicht zur Offenbarung seiner Kenntnisse besteht. Vielmehr ist die Erklärung dessen, der einen Rennwettvertrag abschließen zu wollen behauptet, in dem Sinne zu interpretieren, daß für beide Parteien und damit auch für den Erklärenden der für den Gewinn maßgebende Ausgang des Rennens noch ungewiß ist. Auf der gleichen unter Berücksichtigung der Umstände zustande gekommenen Auslegung beruht es, wenn die Warenbestellung des Hochstaplers i. S. der Erklärung aufgefaßt wird, zur Übernahme der sich daraus ergebenden Verbindlichkeiten bereit zu sein (RG. Rspr. 2, 629), und die Bestellungen des Zechprellers als eine Erklärung seiner Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit (RG. Rspr. 4, 89). Wie hier über einen bestimmten Willen wird im vorl. Fall über ein bestimmtes Wissen getäuscht. Diese Begründung kommt in der früheren Entsch. RG. 62, 415 mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck.

Prof. Dr. Max Grünhut, Bonn.

die Wette auf das Pferd „Sun Legend“ abschloß, bereits von dem Siege dieses Pferdes Kenntnis hatte, „auf Grund der vier Geständnisse der früheren Mitangekl. K. und auf Grund des nicht mißzuverstehenden Verhaltens des BeschwF. vor, bei und nach der Tat“ gelangt und hat das Strafgesetz auf diesen Sachverhalt ohne durchgreifenden Rechtsirrtum angewendet. In Frage kommen könnte höchstens, ob mit dem Abschluß des Rennwettvertrags der Betrug nicht bereits vollendet war. Es gereicht dem BeschwF. jedoch keinesfalls zum Nachteil, daß er nur wegen versuchten Betruges verurteilt ist. Die Rev. vermißt das Merkmal der Irrtumserregung, indem sie der Auffassung Ausdruck gibt, es habe für den BeschwF. bei Abschluß der Rennwette keine Rechtspflicht bestanden, seine Kenntnis von dem Rennergebnis zu offenbaren. Diese Meinung geht fehl. Das Wesen des Spiel- und Wettvertrages besteht in der Ungewißheit der Vertragschließenden über den Eintritt oder Nichteintritt derjenigen Tatsache, welche zur Entsch. über Gewinn oder Verlust benutzt wird. Indem der BeschwF. also dem Vertreter des Buchmachers den Abschluß einer Rennwette antrug, brachte er damit die unwahre Tatsache zum Ausdruck, daß ihm das Rennergebnis noch nicht bekannt sei, er hat also das Merkmal der Irrtumserregung in der Form der Vorspiegelung einer falschen Tatsache erfüllt (RGSt. 62, 415).

(2. Sen. v. 7. Mai 1931; 2 D 418/31.) [A.]

30. § 267 StGB.

1. Zur Annahme einer öffentlichen Urkunde muß in formeller Beziehung mindestens aus der Urkunde hervorgehen, daß der zur Vertretung einer bestimmten Behörde oder Amtsstelle berufene Beamte in deren Namen als Aussteller sich kundgibt. Dem steht allerdings weder die Unleserlichkeit noch sogar das Fehlen der Namensunterschrift des Ausstellers entgegen.

2. Zur Form der öffentlichen Urkunde gehört regelmäßig die Beidrückung des Amtsstempels oder -siegels.

3. An der zur Festsetzung einer öffentlichen Urkunde erforderlichen Bestimmung einer Urkunde zu öffentlichem Glauben fehlt es dann, wenn sie nur für den Empfänger persönlich bestimmt ist, ohne die Absicht, ihm damit ein Beweismittel gegen Dritte in die Hand zu geben.†)

Es ist in dem angefochtenen Urt. nicht einwandfrei nachgewiesen, daß es sich bei dem verfälschten Schreiben des VersorgA. S. v. 12. Juni 1930 um eine öffentliche Urkunde gehandelt habe.

Öffentlich sind, wie das RG. in ständiger Rspr. auch für den Bereich des Strafrechts anerkannt hat (u. a.), solche Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form zu öffentlichem Glauben ausgestellt sind.

a) Daß das Schreiben, welches das VersorgA. S. unter dem 12. Juni 1930 an den Angekl. gerichtet, und das nachher auf Veranlassung des Angekl. ein anderer durch den Zusatz: „Ihre Dienstbeschädigung betrug 80%“, verfälscht hat, von dem Amt innerhalb des Kreises seiner amtlichen Befugnisse ausgestellt ist, unterliegt allerdings keinem berechtigten Zweifel. Es handelt sich um eine „Auskunft in Angelegenheiten der Reichsversorgung“, die zu erteilen nach § 5 Abs. 2 (vgl. auch §§ 59 Abs. 1, 60 Abs. 1, 77) des Gesetzes über das Verfahren in Versorgungssachen (i. d. Fass. der Bek. v. 20. März 1928, RGBl. I, 71) zu den amtlichen Aufgaben der VersorgA. gehört.

b) Eine Form ist für derartige Auskünfte gesetzlich nicht vorgeschrieben. Es genügt, wie das RG. (gleichfalls in ständiger Rspr.) angenommen hat, unter solchen Umständen, daß die übliche Form gewahrt ist (vgl. dazu die Urt. des erk. Sen. in RGSt. 58, 280 [282]; 63, 74 und 3 D 415/27 vom 3. Okt. 1927; vgl. auch RGSt. 60, 152). Welche Form als die übliche anzusehen ist, entscheidet sich danach, in welcher Weise die zuständige Behörde zu öffentlichem Glauben bestimmte Urkunden gerade der in Frage kommenden Art auszustellen pflegt, sei es, daß diese Form durch Verwaltungsanordnung, oder auch lediglich durch Geschäftsgebrauch geregelt ist. Eine Feststellung darüber, welche Form hiernach für Auskünfte der in Frage stehenden Art üblich war, hat die StrK. aber nicht getroffen.

Als in jedem Falle zu erforderndes Mindestmaß in formeller Beziehung muß aus der Urkunde hervorgehen, daß der zur Vertretung einer bestimmten Behörde oder Amtsstelle berufene Beamte in deren Namen als Aussteller sich kundgibt. Allerdings würde es dazu nicht unbedingt der Namensunterschrift des Ausstellers bedürfen; und vollends reicht die von der StrK. festgestellte Unleserlichkeit der Unterschrift nicht aus, um der Urkunde die Eigenschaft einer öffentlichen zu nehmen. Es genügt, daß mit Hilfe der Unterschrift nötigenfalls der Nachweis geführt werden kann, von welchem Beamten sie gezeichnet ist. Die StrK. hat es aber nicht für erforderlich gehalten, Feststellungen darüber zu treffen, von welchem Beamten die unleserliche Unterschrift herrührt, geschweige denn darüber, ob und auf Grund welcher Bestimmungen der betreffende Beamte die Behörde bei dem

---

Zu 30. Eine Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung. Den Rechtsausführungen des RG. ist in wichtigen Punkten beizustimmen, in anderen Richtungen bestehen Bedenken.

1. Der öffentl. Urkunde ist wesentlich die Aufnahme in der „vorgeschriebenen Form“ (§ 415 ZPO.). „Vorschrift“ bedeutet hier nicht nur die Satzung, sondern auch den festen Rechtsbrauch.

Das Gewohnheitsrecht ist auf dem Gebiete des Urkundswesens durch die neuere Rechtsentwicklung wohl zurückgedrängt worden, hat aber seine rechtsbildende Kraft keineswegs ganz eingebüßt (vgl. Oetker, Zur Urkundenlehre im Strafrecht, Festschrift für Binding I, 99 f.). Es braucht nur an die abgekürzten Erklärungen mit urkundlicher Kraft, wie sie der Verkehr geschaffen hat und noch fortgesetzt schafft, erinnert zu werden. Das Blankoindossament ist durch den Handelsbrauch entstanden, nicht durch die Wechselordnungen erst geschaffen worden. Das Blankoakzept wird in der deutschen WO. überhaupt nicht erwähnt, es beruht ganz auf Gewohnheitsrecht usw. Und nicht nur generell, sondern auch durch Vereinbarung der Interessenten im Einzelfall kann einer bloßen Namenszeichnung die Bedeutung einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Erklärung und damit urkundliche Kraft beigelegt werden.

An der überaus förderlichen Bearbeitung der Urkundenfälschung bei Binding, Lehrbuch II 1, 169 f. ist zu beanstanden, daß sie der Bedeutung des Rechtsbrauches im Urkundenrecht nicht gerecht wird.

Auch für die Urkunden des öffentlichen Rechtes war und ist heute noch neben der Satzung die Übung rechtsbildender Faktor. Das Institut der Gegenzeichnung bestand längst nach der Staatspraxis, insbes. des 18. Jahrhunderts, ehe die modernen Verfassungsurkunden es aufnahmen und in ihrem Sinne gestalteten. Neben satzungsgemäß normierten öffentlichen Urkunden — notariellen, gerichtlichen Rechtsgeschäftsurkunden, Unterschriftsbeglaubigungen, Gerichtsurteilen usw. — stehen in Gestalt von Bescheinigungen usw. gar manche anderweite öffentliche Urkunden, deren wesentliche Form nicht sowohl durch Gesetz als durch Verwaltungsanordnung, Geschäftsgebrauch bestimmt ist. Während gesetzliche Normierung klar erkennbar machen wird, ob ein Formerfordernis kategorisch — als bedingend für die Annahme der Urkundenqualität — gemeint ist oder nur instruktionelle Bedeutung hat, kann die gleiche Frage bei reglementarischer oder observanzmäßiger Regelung Schwierigkeiten bereiten. Man wird, da die erhöhte Bedeutung der öffentlichen Urkunde Formbestimmtheit verlangt, im Zweifel ein Muß, nicht nur Soll, nicht bloße Ordnungsvorschrift annehmen müssen. Lehrreich in dieser Hinsicht die Ausführungen in RGSt. 58, 280 f.; 60, 153.

Im gegebenen Fall war das RG. vor die Frage gestellt, welche urkundliche Bedeutung den vom Versorgungsamt nach Maßgabe des Ges. üb. das Verfahren in Versorgungssachen i. d. Fass. der Bek. v. 20. März 1928, § 5 Abs. 2, zu erteilenden Auskünften zukommt. Über die Form der Auskunftserteilung entscheidet der Rechtsgebrauch.

2. Daß es eine Urkunde ohne Aussteller nicht geben kann, versteht sich. Aber es bedarf zur Annahme einer Urkunde nicht einer Erkennbarkeit des Ausstellers für andere Personen als den Destinatär der Bezeugung. Es genügt, wenn der Destinatär aus dem Inhalt des Schriftstücks an sich oder unter Hinzunahme einer zwischen ihm und dem Aussteller bestehenden Beziehung diesen zu erkennen vermag. Soweit Unterzeichnung seitens des Ausstellers vorgeschrieben ist, steht Unterschriftsmangel zwar der beabsichtigten rechtlichen Wirkung, nicht aber — die Erkennbarkeit des Ausstellers für den Destinatär vorausgesetzt — der Urkundennatur des Schriftstückes entgegen. Die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde aber ist allerdings, wenn, wie regelmäßig, deren Unterzeichnung durch den Aussteller gefordert ist, hiervon abhängig; das nicht unterzeichnete Schriftstück könnte nur als Privaturkunde in Betracht kommen.

Die dem Aussteller einer öffentlichen Urkunde unentbehrliche Urkundsbefugnis, insbes. das Recht im Namen einer öffentlichen Be-

in Frage stehenden Amtsgeschäft zu vertreten berechtigt gewesen wäre.

Ob zur Form der öffentlichen Urkunde in dem jeweiligen Falle die Beidrückung des Stempels oder des Siegels der Behörde gehört, in deren Dienstbereich die Urkunde ausgestellt wird, ergibt sich in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften gleichfalls aus der Geschäftsübung in dem oben dargelegten Sinne (vgl. Urt. des erk. Sen. v. 3. Okt. 1927, 3 D 415/27). Es wird regelmäßig davon auszugehen sein, daß eine Behörde, wenn sie zu öffentlichem Glauben etwas bescheinigen will, sich dabei des Zeichens bedient, das gerade die besondere Bestimmung hat, die damit bezeichneten Akte als staatliche Hoheitsakte auszuweisen, des Amtsstempels oder -siegels. Daß das Zeichen fehlen dürfe, ohne der Urkunde die Eigenschaft als einer zu öffentlichem Glauben bestimmten zu nehmen, wird in der Regel besonderen Nachweises bedürfen. Auch an einem solchen Nachweis fehlt es in dem angefochtenen Urteil.

c) Auch daß die Urkunde zu öffentlichem Glauben ausgestellt, d. h. Beweis für und gegen jedermann zu erbringen bestimmt ist, ist bisher nicht ausreichend dargetan. An dieser Bestimmung würde es fehlen, wenn sie etwa nur für den Empfänger persönlich bestimmt gewesen wäre, ohne die Absicht, ihm damit ein Beweismittel gegen Dritte in die Hand zu geben.

Daß zu den öffentlichen Urkunden dienstliche Bescheide nicht zu rechnen sind, die an eine einzelne Person gerichtet und nur für sie, nicht aber dazu bestimmt sind, über eine rechtserhebliche Tatsache zu öffentlichem Glauben Beweis zu erbringen, hat der Sen. bereits in seiner Entsch. vom 20. Febr. 1928, 3 D 1051/27, ausgesprochen.

Dafür, daß die hier fragliche Urkunde in diesem Sinne gemeint gewesen sei, könnte schon die — wenig feierliche — Form der Erklärung (Mangel des Dienststempels, Fehlen der Amtsbezeichnung des ausfertigenden Beamten) sprechen. Auch der Umstand, daß sie, wie sich aus ihrem Abs. 1 unzweideutig ergibt, die Antwort auf eine Anfrage des Angekl. darstellt, könnte in dieser Richtung ins Gewicht fallen, ebenso die Fassung des zweiten Absatzes, der nur ausspricht: es „könne“ dem Angekl. bescheinigt werden, nicht: es „werde“ ihm bescheinigt.

(3. Sen. v. 30. März 1931; 3 D 191/31.) [A.]

31. §§ 284 ff. StGB.; § 17 Rennw.- u. LotterieG. **Die Ausnahmebestimmung des § 284 Abs. 2 StGB. ist auf § 286 StGB. oder auf andere die Öffentlichkeit als Tatbestandsmerkmal fordernde**

---

hörde zu beurkunden, wird in Ermangelung der Unterschrift regelmäßig, nicht notwendig, unerkennbar sein. War in einem gegebenen Falle zur Kenntlichmachung des Ausstellers, zur Klarstellung der Urkundsbefugnis die Unterzeichnung nicht geboten, so würde, wie das RG. zutreffend ausführt, insoweit auch die Unleserlichkeit der Unterschrift nicht schaden.

Zu anderer Entscheidung führt die Unleserlichkeit, wenn die Unterschrift als konstitutives Urkundselement verlangt wird oder eine Unterschrift zu beglaubigen ist (vgl. Oetker, Zur Urkundenlehre S. 118 f., Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen [Festschrift für RG.] S. 55 f.). Der Beteiligte hat nicht die Rechtsgeschäftsurkunde unterschrieben, wenn er einen Schnörkel darunter setzt, der eine Namenszeichnung nicht erkennen läßt. Erklärt der Beteiligte, er könne nicht lesbar unterschreiben, so muß ein Schreibzeuge zugezogen werden (§ 177 Abs. 2 FGG.). Daß als Unterschrift anerkannt werde, was eine solche nicht ist, kann nicht verlangt werden. Die Wirksamkeit der nichtunterschriebenen gerichtlichen usw. Rechtsgeschäftsurkunde als öffentlicher Urkunde würde nicht dadurch hergestellt, daß im Prozesse usw. durch Zeugen dargetan würde, der an Stelle der Unterschrift stehende Schnörkel rühre von X. her und dieser pflege so zu „unterschreiben“. Es ginge auch sonst der Unterschied zwischen Unterschrift und Handzeichen, das keineswegs nur in den üblichen drei Kreuzen bestehen kann, verloren.

Ähnlich verhält es sich mit dem Beglaubigungsstempel. Diesem Erfordernisse ist nicht genügt durch eine auf das Papier gesetzte, als Stempel nicht erkennbare Figur (einen bloßen Kreis usw.) oder das Fragment einer solchen.

Unleserlichkeit einzelner Buchstaben der Signierung wirkt wie abgekürzte Unterschrift, schadet also nicht, wenn in ihr eine erkennbare Namenszeichnung zu finden ist und nicht etwa das Gesetz volle Namensausschreibung zwingend verlangt.

3. Das RG. sieht das Wesen der publica fides darin, daß die Urkunde bestimmt sei, für und gegen jeden, den es angeht, Beweis zu erbringen. Binding, Lehrbuch II 1, 211 hat dagegen eingewandt, es werde so eine Nebenwirkung zur Hauptwirkung erhoben, und es sei wohl denkbar, daß eine öffentliche Urkunde, z. B. eine vertrauliche Note der deutschen Regierung an eine ausländische, nur für eine einzige Stelle Beweis machen solle. Gewiß kann sich der Beweiswert einer öffentlichen Urkunde tatsächlich auf einige wenige Personen beschränken, aber nie läßt sich mit Sicherheit voraussehen, ob dem so sein wird und nicht vielmehr darüber hinaus die Urkunde Bedeutung gewinnen wird für die mannigfachsten Rechtsbeziehungen, an die der Aussteller der Urkunde vielleicht nicht entfernt gedacht hat, nicht hat denken können (trifft auch für die „vertrauliche Note“ zu). Ist einmal die öffentliche Urkunde in das Rechtsleben eingetreten, so bewährt sie ihre Kraft in der Tat gegenüber allen, die es angeht.

Das ist die ihr vom Rechte gegebene Bestimmung, und es kommt nicht darauf an, ob und in welchem Umfang der Aussteller der Urkunde sich ihrer Beweiswirkung bewußt war.

4. Das RG. läßt Auskünfte in Angelegenheiten der Reichsversorgung nach Maßgabe des Ges. v. 1928, die vom Versorgungsamt in der für diese Urkunden üblichen (durch VerwaltungsVO. oder lediglich durch Geschäftsgebrauch geregelten) Form ausgestellt sind, unter der ferneren Voraussetzung, daß dies „zu öffentlichem Glauben“ geschehen ist, als öffentliche Urkunden gelten. Hingegen liege eine öffentliche Urkunde nicht vor, wenn die Auskunft nur für den Empfänger persönlich bestimmt gewesen sei, ohne die Absicht, ihm damit ein Beweismittel gegen Dritte in die Hand zu geben. Allein für eine solche Unterscheidung der Auskünfte bietet jedenfalls der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt. Nun wäre denkbar, daß für Auskünfte der einen, der andern Art im Geschäftsgebrauche der Versorgungsämter sich verschiedene Formen herausgebildet hätten. Ausgeschlossen aber ist, daß in Ermangelung einer solchen formellen Scheidung die Absicht des Versorgungsamtes, zu öffentlichen Glauben oder vielmehr lediglich zur Information des Empfängers zu bescheinigen, für die öffentliche oder private Natur der Urkunde entscheidend wäre. Bei der öffentlichen, wie der privaten Urkunde genügt Bezeugungswille des Ausstellers gegenüber dem Destinatär. Die Vorstellungen, die sich der Aussteller über die Beweiswirkung der Urkunde gemacht hat, sind unerheblich. Die Rechtssicherheit, die zu erreichen doch der wesentliche Zweck der Beurkundung ist, wäre in Frage gestellt, wenn die Annahme öffentlicher Urkunde von einer innern Tatsache abhinge. Die Beweisbestimmung wird der Urkunde vom Rechte, nicht vom Aussteller gegeben.

An der amtlichen Auskunft zeigt sich klar, daß amtliche und öffentliche Urkunde sich nicht decken. Das Versorgungsamt erteilt die Auskunft stets in amtlicher Urkunde, die auch nach der Ansicht des RG. keineswegs immer öffentliche Urkunde ist. Binding a. a. O. S. 214 f. hat sehr recht, daß er, soweit es an bezüglicher gesetzlicher Entscheidung fehlt, das Gebiet der öffentlichen Urkunde nach der Bedürfnisgrenze bestimmt. Sehr wohl kann für die nur amtliche Urkunde die gleiche Form bestimmt oder üblich sein, die öffentlicher Urkunde gesetzt ist. Weil die Nichtbeachtung vorgeschriebener Form die öffentliche Urkunde aufhebt, so folgt noch nicht, daß die Wahrung dieser Form stets öffentliche Urkunde ergebe. Behördliche Beurkundungen innerdienstlichen Charakters sind anerkanntermaßen nicht öffentliche Urkunden, an welche Form sie auch gebunden sein mögen. Wenn für gewisse amtliche Bescheinigungen ein Bedürfnis, ihnen die qualifizierte Beweiskraft öffentlicher Urkunden beizulegen, nicht erhellt, so ist im Zweifel auch nicht anzunehmen, daß diese Qualität vom Rechte gewollt sei. Diese Erwägung dürfte die Auskünfte in Versorgungssachen in das Gebiet der nichtöffentlichen Urkunde verweisen, sie sind in ihrem Beweiswerte privaten Urkunden gleichzuachten. In diesem Sinne auch RGSt. 63, 76.

Wenn das RG. in dem Mangel des Dienststempels, dem Fehlen der Amtsbezeichnung des ausfertigenden Beamten Indizien sieht für nur informatorische Bedeutung der Auskunft, so ist dabei — unausgesprochen — vorausgesetzt nicht nur, daß nach dem Sinne des Gesetzes von 1928 neben privaten (richtiger: nur amtlichen) auch öffentliche Auskunftsurkunden ausgestellt werden können, sondern weiter, daß es für die letzteren auf Wahrung der fraglichen Formen — Angabe der Amtsstelle, Stempelung — nicht ankäme. Denn das Fehlen wesentlicher Formalitäten würde die Annahme öffentlicher Urkunde schlechthin ausschließen, nicht nur ein Indiz sein für den Willen des Ausstellers, lediglich informatorisch zu bescheinigen. Es ist aber nicht nur die vorausgesetzte Alternative in hohem Maße unwahrscheinlich, sondern mehr noch, wie auch das RG. anerkennt, die Irrelevanz der fraglichen Formalitäten für die Entstehung öffentlicher Urkunde.

5. Der Begriff der öffentlichen Urkunde, von dem das RG. ausgeht, ist, wenn die in die Definition aufgenommene Ausstellung „zu öffentlichem Glauben“ auf die vom Rechte an die Beurkundungen angeknüpfte Wirkung, nicht auf eine vom Aussteller intendierte Beweisbestimmung bezogen wird, als zutreffend anzuerkennen.

Auch die Ausführungen des Urt. über die Bedeutung der Stempelung als eines im Zweifel wesentlichen, neben vorgeschriebener Unterzeichnung noch besonders zu wahrenden Urkundserfordernisses sind zu billigen. Geh. Rat Prof. Dr. Oetker, Würzburg.

Glücksspiel- oder Lotteriegesetze nicht anzuwenden.†)

Der Angekl. hat „den Klubmitgliedern" die Möglichkeit eröffnet, in den Klubräumen gewohnheitsmäßig Glücksspiele zu spielen. Hieraus und aus der Begründung, mit der das BG. die Anwendbarkeit des § 17 Renn- u. LotterieG. abgelehnt hat, geht hervor, daß das BG. eine tatsächliche Öffentlichkeit nicht festzustellen vermocht hat, weil eben eine Beteiligung oder die Möglichkeit einer Beteiligung Dritter nicht erweislich war, die nicht zu dem festbegrenzten Kreise von untereinander und mit dem Angekl. durch die Mitgliedschaft verbundenen Personen gehörten.

Das BG. hat vielmehr ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Glücksspiele nur nach § 284 Abs. 2 StGB. als öffentlich veranstaltet zu gelten hatten und deshalb der Mangel der tatsächlichen Öffentlichkeit der Anwendung des § 284 Abs. 1 StGB. nicht entgegenstand. Durch die Bestimmung des § 284 Abs. 2 StGB. wird eine nichtöffentliche Veranstaltung nicht zu einer öffentlichen, sie ist nur für den Bereich des § 284 und des ausdrücklich auf ihn zurückverweisenden § 284a StGB. so zu behandeln, als wäre sie öffentlich gewesen. Diese Ausnahmebestimmung entsprechend auf § 286 StGB. oder gar auf andere Gesetze anzuwenden, in denen die Öffentlichkeit von Glücksspielen, Lotterien oder Ausspielungen Tatbestandsmerkmal ist, ist unzulässig. Wenn darum in § 17 Rennw.- u. LotterieG. a. F. im Inland veranstaltete öffentliche Lotterien und Ausspielungen der Steuer unterworfen werden, so wird die tatsächliche Öffentlichkeit vorausgesetzt. Erst nach der hier noch nicht in Betracht kommenden Fassung des § 17 in Art. 4 § 8 des Kap. IV der VO. des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517 [579]) „gilt" auch für die Steuer eine Lotterie oder Ausspielung unter bestimmter Voraussetzung als öffentlich, ohne daß sie tatsächlich öffentlich zu sein braucht.

Schon deshalb also, weil hier die Öffentlichkeit nicht festzustellen war, ist die Ablehnung der Verurteilung des Angekl. aus § 17 Rennw.- u. LotterieG. i. Verb. m. § 367 RAbgO. rechtlich nicht zu beanstanden, und es bedurfte für die Vorinstanzen und bedarf auch für das RevG. nicht noch der Prüfung, ob der vom RFH. im Urt. Bd. 10 S. 218 (222) der Sammlung vertretenen Auffassung zuzustimmen ist, daß i. S. des Rennw.- u. LotterieG. — abweichend von den für §§ 284, 286 StGB. feststehenden Grundsätzen — „jedes Glücksspiel um Geld, wenn es öffentlich und also (?) unter Zugrundelegung einer bestimmten Spielregel veranstaltet ist, als eine Ausspielung von Geldgewinnen anzusehen sei".

(2. Sen. v. 23. Febr. 1931; 2 D 843/30.) [D.]

32. §§ 284, 284a, 284b, 285 StGB.

1. Es handelt sich um einen bloßen Zeugenbeweis, wenn der Zeuge über die Ergebnisse der von ihm angestellten Versuche ausgesagt und das Gericht daraus durchaus selbständige Schlüsse gezogen hat, mag der Zeuge die Versuche auch im Auftrage des Gerichts angestellt haben oder mögen sie auch eine gewisse Sachkunde voraussetzen.

2. Bei der für die Annahme eines Glücksspiels entscheidenden Frage, ob die Entscheidung über Gewinn und Verlust wesentlich vom Zufall oder von der Geschicklichkeit abhängt, sind die Geschicklichkeitstreffer nicht lediglich den Zufallstreffern, sondern den gesamten auch die Verlierer umfassenden Spielergebnissen gegenüberzustellen.

3. Im unbeachtlichen Strafrechtsirrtum befindet sich derjenige, welcher trotz Kenntnis der maßgebenden Umstände den Begriff des Glücksspiels nicht als erfüllt erachtet. Das gilt selbst dann, wenn er durch Auskünfte von Sachverständigen oder Behörden in seinem Irrtum bestärkt worden wäre.

4. An dem öffentlich von ihm veranstalteten Glücksspiel beteiligt sich derjenige zugleich als Selbstspieler, der durch schlüssige Handlungen die Spielverträge zwischen sich und den Spielern aus dem Publikum im eigenen Namen und für eigene Rechnung zum Abschluß bringt.

5. Wird im Falle von Tateinheit zwischen gewerbsmäßigem Glücksspiel und unbefugter öffentlicher Veranstaltung eines Glücksspiels die Strafe zutreffend unter Zugrundelegung des § 285 StGB. festgesetzt, so ist trotzdem die Einziehung auf Grund des § 284b Satz 1 StGB. gerechtfertigt.

6. Auch das in einer Kassette des Glücksspielapparates befindliche, nur zu seiner Inbetriebsetzung dienende Geld ist als „in der Bank befindlich" anzusehen.†)

Unzutreffend ist die Behauptung, die StrK. habe der Urteilsfindung ein Gutachten des Zeugen C. zugrunde gelegt. Wie sich aus den Urteilsfeststellungen ergibt, hat der Zeuge mit einem Teil der beschlagnahmten Apparate Versuche angestellt und über deren tatsächliches Ergebnis ausgesagt. Insoweit würde es sich selbst dann nur um einen bloßen Zeugenbeweis handeln, wenn der Zeuge die Versuche im Auftrage des Gerichts angestellt hätte („gerufener" Zeuge) oder wenn die Vornahme solcher Versuche eine gewisse Sachkunde voraussetzen würde (sachverständiger Zeuge [§ 85 StPO.]). Dafür, daß der Zeuge ein auf seine tatsächlichen Wahrnehmungen gestütztes Gutachten erstattet oder gar die StrK. sich dieses zu eigen gemacht hätte, fehlt jeglicher Anhalt. Vielmehr hat das BG. aus dem Ergebnis der Versuche dieses Zeugen durchaus selbständige Schlüsse gezogen. Hierzu war es auch imstande, weil der Zeuge genau angegeben hatte, in welcher Weise er zu Werke gegangen war (vgl. RG. v. 28. Nov. 1930, 1 D 423/30, S. 11/12).

Die StrK. unterstellt die Möglichkeit, daß bei „Laboratoriumsversuchen" ein für den Angekl. günstigeres Ergebnis erzielt werden könne, als bei den bisherigen Versuchen der Sachverständigen und des Zeugen C.; sie nimmt zugunsten des Angekl. eine „Zufallsquote" von nur 12% und eine „Geschicklichkeitsquote" von 24% an. Hiernach kann es auf sich beruhen, wie richtigerweise die Zufallsquote festzustellen ist, d. h. ob der Fangbecher an der „optimalen" Stelle — über die erfahrungsgemäß die Kugel am häufigsten ihren Weg nimmt — zu „fixieren" ist oder ob man ihn an einer anderen Stelle oder abwechselnd an verschiedenen Stellen fixieren oder mit einer bestimmten Geschwindigkeit hin und her bewegen muß usw. Ebenso kommt es auf die weiteren Einwendungen des Angekl. gegen die Zuverlässigkeit der Versuche nicht weiter an. Aus dem von der StrK. als möglich unterstellten Ergebnis, daß Laboratoriumsspieler durch ihre Geschicklichkeit (36%) den mittleren Zufallswert (12%) um 200% übertreffen könnten, folgert die Rev. zu Unrecht, daß ein Geschicklichkeitsspiel vorliege. Denn, wie schon in RGSt. 62, 163 (168 oben) dargelegt ist, sind bei der Frage, ob die Entsch. über Gewinn oder Verlust wesentlich vom Zufall oder von der Geschicklichkeit abhängt, die Geschicklichkeitstreffer nicht lediglich den Zufallstreffern, sondern den gesamten — auch die Verlierer umfassenden — Spielergebnissen gegenüberzustellen. Danach ist ein Laboratoriumsspieler — d. h. ein Spieler, dem es gelingt, sich die Geschicklichkeit

---

Zu 31. Der Entsch., die in Übereinstimmung mit der Auffassung der Komm. (Frank, § 286 IV; Olshausen-Gutjahr, § 286 Anm. 7) steht, ist beizupflichten. Angesichts des klaren Wortlauts des § 284 Abs. 2 StGB. würde eine Ausdehnung dieser Bestimmung auf den § 286 StGB. oder andere Glückspiel- oder Lotteriegesetze, für die man sich vielleicht auf die Gemeinsamkeit der kriminalpolitischen Zweckerwägungen und deren Anerkennung durch die vom RG. angeführte Bestimmung der NotVO. v. 1. Dez. 1930 berufen könnte, gegen den § 2 StGB. verstoßen.

PrivDoz. Dr. Schaffstein, Göttingen.

Zu 32. Zu 1: Daß der Kriminalbeamte, der im Auftrag des Gerichts Versuche an dem Apparat vorgenommen hat und über deren Ergebnis in der Hauptverhandlung berichtet, Zeuge, nicht Sachverständiger, sein soll, ist auf den ersten Blick auffallend. Denn einmal ist er erst während des Verfahrens im Auftrag des Gerichts tätig geworden; und außerdem hätte das Gericht jede andere Person mit der Vornahme von Versuchen betrauen können; die Auskunftsperson ist also insofern fungibel, als es ja i. allg. nicht auf die Ergebnisse ankommt, die gerade diese Person erzielt hat. Aber: eine Zeugenaussage hört nicht dadurch auf, Zeugenaussage zu sein, daß die

eines Durchschnittsspielers anzueignen und sie beim Spielen zu verwerten — bei 64% aller Spiele außerstande, durch seine Geschicklichkeit zu verhindern, daß der Erfolg dem Veranstalter zufalle; dabei ist noch zu berücksichtigen, daß von den durchschnittlich 36% Treffern 12% auf Zufall beruhen. Mit Recht nimmt hiernach die StrK. an, mehr als 3/4 sämtlicher Spieler — nämlich 76% — blieben der Beeinflussung durch Geschicklichkeit des Durchschnittsspielers entzogen. Die Verhältnisse gestalten sich, wie das Urteil zutreffend betont, für den Spieler noch viel ungünstiger, wenn der Apparat nicht mit Ruhe, Überlegung und Muße im Laboratorium, sondern von dem Publikum im Wirtslokal benutzt wird. Ohne Rechtsirrtum kommt hiernach das angefochtene Urteil zu dem Schlusse, nach der Einrichtung des Apparates, dem Durchschnitt der Personen, denen das Spiel eröffnet sei, sei die Wahrscheinlichkeit, auf den Ausgang des Spiels durch Geschicklichkeit einzuwirken so gering, daß bei der Mehrzahl der Einzelspiele hiermit nicht zu rechnen sei, daß es sich demgemäß — auch unter Berücksichtigung der übrigen in RGSt. 62, 163 ff. dargelegten Grundsätze — um ein Glücksspiel handle. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß einzelne Personen, „die allabendlich an den Bajazzo-Automaten spielen, sich eine solche Fertigkeit aneignen, daß sie die Automaten leer spielen können".

Daß dem Angekl. eine behördliche Erlaubnis zur öffentlichen Veranstaltung von Glücksspielen i. S. des § 284 StGB. und der Ausführungsvorschriften v. 27. Juli 1920 (RGBl. 1482) erteilt worden sei, behauptet die Rev. nicht. Sie macht nur geltend, der Angekl. habe sich bei Behörden und Sachverständigen erkundigt und dabei die Auskunft erhalten, es handle sich um ein Geschicklichkeitsspiel. Die Polizeibehörden hätten in der Aufstellung der Automaten keine Zuwiderhandlung gegen § 284 StGB. erblickt und sie in diesem Sinne genehmigt. Dadurch wird der Angekl. indessen nicht straffrei. Der innere Tatbestand erfordert lediglich, daß der Angekl. trotz Kenntnis der Tatumstände gehandelt hat, in denen die gesetzlichen Merkmale des äußeren Tatbestands zu finden sind (RGSt. 62, 163). Diese Voraussetzung ist nach den Feststellungen der StrK. hier gegeben. Hat der Angekl. trotz Kenntnis der maßgebenden Umstände angenommen, der Begriff des Glücksspiels sei nicht erfüllt, so befand er sich in einem unbeachtlichen Strafrechtsirrtum. Das gilt selbst dann, wenn er durch Auskünfte von Sachverständigen oder Behörden in seinem Irrtum bestärkt worden wäre.

Danach ist zunächst der äußere und innere Tatbestand des § 284 StGB. einwandfrei nachgewiesen.

Nach den Urteilsfeststellungen hat sich der Angekl. an den öffentlich veranstalteten Glücksspielen zugleich als Selbstspieler beteiligt, denn zwischen ihm und den Spielern aus dem Publikum sind die Spielverträge jeweils durch schlüssige Handlungen zustande gekommen; er hat die Spielverträge im eigenen Namen und für eigene Rechnung abgeschlossen (RGSt. 62, 163; 64, 355). Damit ist auch die Annahme des Tatbestands des § 284a StGB. gerechtfertigt.

Soweit der Angekl. als Selbstspieler aufgetreten ist — nicht etwa in seiner Eigenschaft als Veranstalter des Spiels (RGSt. 64, 355) —, hat er auch aus dem Glücksspiel ein Gewerbe gemacht und sich dadurch gegen § 285 StGB. vergangen; das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit ist bedenkenfrei nachgewiesen. Dieser Tatbestand würde selbst dann vorliegen, wenn dem Angekl. eine behördliche Erlaubnis erteilt worden wäre oder er geglaubt hätte, eine solche zu haben (RGSt. 65, 55).

Zutreffend hat die StrK. Tateinheit angenommen und die Strafe unter Zugrundelegung des § 285 StGB. festgesetzt (RGSt. 62, 163). Trotzdem ist die Einziehung, wie im Urteil angeordnet, auf Grund des § 284b Satz 1 StGB. gerechtfertigt (RGSt. 63, 379). Hinsichtlich der Apparate selbst („Spieleinrichtungen") bedarf es keiner weiteren Erörterung. Die StrK. hat die „in den Apparaten enthaltenen" Beträge eingezogen, ohne einen Unterschied zwischen dem Gelde zu machen, das sich in der „Auszahlvorrichtung" befand, und demjenigen, das in den Apparat zu dessen Inbetriebsetzung eingeworfen war. Die Rev. behauptet, jeder Apparat enthalte eine „Geldschlange", in der das zur Auszahlung bestimmte Geld „gestapelt" werde, und eine Kassette, in die das zur Inbetriebsetzung verwendete Geld hineinfalle. Das in der Kassette befindliche Geld werde nicht „dem Spiele zugeführt". Das Urteil enthält hierüber keine Feststellungen; die Frage kann auch auf sich beruhen. Daß das „in der sog. Geldschlange gestapelte", zur Auszahlung der Gewinne bestimmte Geld als „in der Bank befindlich" anzusehen ist, unterliegt keinem Zweifel; das bestreitet auch der Angekl. nicht. Ob das in der Kassette befindliche Geld, wie der 1. Sen. in seinem Urt. v. 13. Jan. 1928, 1 D 1208/27, annimmt, zu den „Spieleinrichtungen" gerechnet werden kann, „weil es dazu bestimmt gewesen sei, die Kugel, von deren Lauf der Erfolg abhänge, in Bewegung zu setzen", mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann angenommen werden, daß auch dieses Geld sich noch „in der Bank befindet". Erst wenn der Veranstalter das Geld aus der Kassette an sich genommen hat, gilt es nicht mehr als „in der Bank befindlich"; bis dahin unterliegt es der Einziehung nach § 284b Satz 1 StGB.

(3. Sen. v. 20. April 1931; 3 D 186/31.) [A.]

****33.** §§ 348, 350, 351, 359 StGB.

1. Der Inhaber einer Posthilfsstelle ist nach der „Allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie" Beamter.

2. Werden dem Inhaber der Posthilfsstelle seitens des Publikums Geldbeträge zum Zwecke der Erledigung von Zahlungen übergeben, so sind diese Beträge ihm jedenfalls dann amtlich anvertraut, wenn sie ihm von dem Einzahler im Glauben, er sei der für die Annahme zuständige Beamte, gezahlt und von ihm auch in diesem Sinne angenommen wurden.†)

Die Sachrüge ist unbegründet. Nach der „Allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie, Berlin, 1. Okt. 1909" (nebst Nachträgen) Abschn. X 1 sind beim Personal der Reichspostverwaltung zu unterscheiden einerseits „Beamte" und andererseits „Personen, die zur Post- und Telegraphenverwaltung nicht im Beamtenverhältnisse stehen". Erstere sind vor der Zulassung zum Dienst zu vereidigen, letztere werden nicht vereidigt. § 7. Unter der Überschrift: „V. Beamte im Nebenamte" führt die Dienstanweisung in § 86 die Posthilfsstelleninhaber auf und regelt ihre Annahme, Entlassung, Vergütung und unter Bezug auf Anlage 36 ihre Befugnisse und Dienstverhältnisse.

Nach den Feststellungen der StrK. ist der Angekl. am 21. Okt. 1925 vereidigt und als Posthilfsstelleninhaber angenommen worden. Da sich schon hieraus unter Berücksichtigung der angeführten Vorschriften unmittelbar und unzweideutig ergibt, daß der Angekl. als Beamter angestellt sein sollte, so hat er die Beamteneigenschaft erlangt ohne Rücksicht auf die Art seiner Beschäftigung, also gleichviel, ob seine

---

bekundete Wahrnehmung während des Prozesses im Auftrag des Gerichts gemacht wird, und entscheidend für die Frage, ob eine Aussageperson Zeuge oder Sachverständiger ist, ist die Aufgabe, die das Gericht der Aussageperson stellt, das Beweisthema; wenn also das Gericht eine Person in den Prozeß einführt und von ihr nichts anderes wissen will, als welche Erfolge gerade sie mit dem Apparat erzielt hat, so ist diese Person nur Zeuge; wenn sie keinerlei Erfahrungssätze vermitteln soll und vermittelt, kann sie nicht Sachverständiger sein.

Zu 2—6: Sachlich befaßt sich die Entsch. wieder einmal mit den Bajazzo-Apparaten, mit denen sich das RG. schon oft und eingehend beschäftigt hat (vgl. RG.: JW. 1928, 2240, 3117 = RGSt. 62, 163. Die vorstehende Entsch. bringt gegenüber der bisherigen Rspr. nichts Neues. Im einzelnen s. über die Täterschaft beim gewerbsm. Glücksspiel RG. v. 13. Okt. 1930: JW. 1931, 943 und v. 3. März 1931: JW. 1931, 1581; über das Verhältnis von öffentlicher Veranstaltung eines Glücksspiels und gewerbsmäßigem Glücksspiel RG. v. 18. Mai 1928: JW. 1928, 3117[12] = RGSt. 62, 103 und v. 13. Okt. 1930: JW. 1931, 943; über die Zulässigkeit der Einziehung der Apparate bei Tateinheit zwischen §§ 284 u. 285 s. RG.: JW. 1930, 2535 = RGSt. 63, 379; über die Einziehung des in der Auszahlvorrichtung und in der Kassette des Apparats befindlichen Geldes s. RG.: JW. 1928, 2241.

Prof. Dr. E. Kern, Freiburg i. Br.

Zu 33. Dem Urteil ist vorbehaltlos beizupflichten. Mit Recht hat das Gericht auch bei den auf Zahlkarten eingezahlten Geldern eine Amtsunterschlagung des Posthilfsstelleninhabers festgestellt. Die hier einschlägigen Vorschriften der „Allg. Dienstanweisung für Post und Telegraphie", an welche das Urteil längere Erörterungen knüpft,

Tätigkeit rein mechanischer oder höherer Art war, insbes. in der Ausübung staatshoheitsrechtlicher Verrichtungen bestand (RGSt. 51, 65, 66). Überdies würde auch letzteres zu bejahen sein, denn seine Tätigkeit bestand keineswegs allein in dem Verkauf von Postwertzeichen nach 2a der in Anlage 36 angeführten „besonderen Bestimmungen über das Dienstverhältnis der Inhaber von Posthilfsstellen", sondern umfaßte auch die dort unter b bis f genannten Verrichtungen, also Dienstverrichtungen, die dem Staatszweck unmittelbar oder mittelbar dienen (RGSt. 52, 309, 310).

Hiernach ergibt sich die Beamteneigenschaft des Angekl. im strafrechtlichen Sinne (§ 359 StGB.) sowohl aus seiner Berufung zum Posthilfsstelleninhaber, also auch aus der Art seiner Tätigkeit. Daß der Angekl. berechtigt war, sich — nicht jederzeit, wie die Rev. meint, sondern nur — bei Abwesenheit oder sonstiger Verhinderung durch ein erwachsenes Familienmitglied oder eine andere geeignete zuverlässige Person vertreten zu lassen, ergibt sich aus Ziff. 6 der „besonderen Bestimmungen" und steht der Beamteneigenschaft des Angekl. selbst nicht entgegen.

Auch sonst hat die allgemeine Nachprüfung des Urt. keinen dem Angekl. nachteiligen Verstoß aufgedeckt.

Daß der Angekl. den von der Postverwaltung zum amtlichen Gebrauch empfangenen „eisernen Bestand" von 40 *RM* und auch die durch den Postwertzeichenverkauf eingenommenen Gelder in amtlicher Eigenschaft empfangen, demnach auch durch Unterschlagung der 32,18 *RM* eine Amtsunterschlagung begangen hat, liegt auf der Hand.

Dagegen können in dieser Richtung Zweifel bestehen bei den Geldern, die mit Zahlkarten eingezahlt wurden. Die insoweit auf Abschn. V 1 § 29 der „allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie" beruhende „Dienstanweisung für Posthilfsstellen" äußert sich hierzu wie folgt:

§ 5 Abs. 1: Die Annahme von . . . Zahlkarten gehört nicht zu den Verpflichtungen des Hilfsstelleninhabers. Es liegt aber im Bedürfnis der Landbewohner, daß Wünsche auf Niederlegung derartiger Gegenstände bei der Hilfsstelle zur Weitergabe an den Landbesteller berücksichtigt werden. Diese Niederlegung ist indessen lediglich Vertrauenssache der Absender gegenüber dem Inhaber der Hilfsstelle. Die Haftpflicht der Postverwaltung beginnt erst mit der Übergabe der Sendung an den Landbesteller.

Abs. 2: Unter diesen Voraussetzungen dürfen angenommen werden: . . . Zahlkarten im einzelnen bis zu der von dem Vorsteher des Bestell- oder Abrechnungspostamts festzusetzenden Betragsgrenze.

Abs. 3: . . . Zahlkarten hat der Hilfsstelleninhaber sogleich in das Annahmebuch einzutragen.

Nach Abs. 5 haben Inhaber von Hilfsstellen mit größerem Verkehr ein Annahmebuch nach besonderem Muster zu führen, das aus einem Hefte zu je 100 Überweisungsblättern besteht.

Nach § 6 müssen die bei der Hilfsstelle lagernden Postsendungen stets in einem besonderen Behältnis unter Verschluß aufbewahrt werden. Nicht zum Postdienst bestimmte Gegenstände sind in dem Behältnis nicht aufzubewahren. Für gesicherte Aufbewahrung der dem Hilfsstelleninhaber zur Übergabe an der Landbesteller anvertrauten . . . Geldbeträge (§ 5) ist besonders zu sorgen. Während der Nacht werden derartige Gegenstände von dem Hilfsstelleninhaber zweckmäßig in seinem Schlafzimmer aufbewahrt.

Unter Bezugnahme auf diese Vorschriften hat die zum Abdruck bestimmte RGEntsch. v. 28. Nov. 1930, 1 D 1036/30, die Verurteilung des damaligen Angekl. wegen einfacher Unterschlagung (§ 246 StGB.) gebilligt. Es mag auf sich beruhen, ob dieser Entsch. des 1. Sen. beizutreten sei. Wenn es auch richtig ist, daß die — wenig klaren — Bestimmungen der Dienstanweisung für Posthilfsstellen darauf abzielen, die Postverwaltung von der Haftung für Verlust oder Veruntreuung der bei der Posthilfsstelle aufgegebenen Geldsendungen freizustellen, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Dienstanweisung den Inhabern der Hilfsstellen nicht nur die Annahme solcher Sendungen im Rahmen des Amts gestattet, sondern dringend nahe legt, sowie daß sie den Betrieb für diesen Fall dienstlich regelt und mittels der vorvorgeschriebenen Listen kontrolliert, wie ja auch der Hergang in der vorl. Sache außer Zweifel stellt. Die eingehende amtliche Regelung dieses Verkehrs mag mit der — nicht hier interessierenden — Ablehnung einer vermögensrechtlichen Haftung des Postfiskus vereinbar sein; sie wäre aber sinnlos, wenn es sich bei diesen Verkehrsvorgängen lediglich um private Gefälligkeiten des Beamten gegenüber dem Publikum handelte. Es wäre nicht erfindlich, inwiefern solche rein persönliche Gefälligkeit und Mühewaltung — an der dem Beamten regelmäßig gar nichts gelegen sein kann — besonderer Erlaubnis bedürfte und welche andere Bedeutung jene Dienstvorschrift über diese Gefälligkeitsgeschäfte haben könnte, als daß die Post ihnen im öffentlichen Interesse amtliche Regelung, Obhut und Aufsicht angedeihen zu lassen für nötig befunden habe. Wenn diese Regelung den Zweck hat, die Übernahme der Sendungen durch den Landbesteller „vorzubereiten", so könnte das gerade beweisen, daß die Post dem Hilfsstellenverwalter diese Behandlung zur dienstlichen — denn eine andere kommt nicht in Frage — Pflicht macht. Hinzukommt, daß die Aufgeber solcher Geldsendungen regelmäßig den Rechtsstandpunkt der Postverwaltung schwerlich kennen und nicht gewillt sein werden, ihr Geld einem Beamten anzuvertrauen, für den die Verwaltung selbst die Haftung zu übernehmen ablehnt.

Indessen kommt es im vorl. Fall auf diese Bedenken und auf die Frage der Anrufung der vereinigten StrSen. um deswillen nicht an, weil es für den Tatbestand des § 350 StGB. nicht wesentlich ist, daß die dem Beamten von den Einzahlern übergebenen Geldbeträge dadurch in das Eigentum des Staates gelangt sind, oder daß dieser dafür hafte. Es genügt vielmehr, wenn der Beamte sie in seiner amtlichen Eigenschaft empfangen hat und sie ihm in dieser seiner Eigenschaft anvertraut sind. Das aber kann — wie auch die angeführte Entsch. v. 28. Nov. 1930 anerkennt — nach feststehender Rspr. des RG. zutreffen, sofern der beiderseits erkennbar gemachte Vertragswille bei der Einzahlung dahin gerichtet war, daß das Geld der öffentlichen Verwaltung im Bereiche ihres Dienstbetriebes zu Händen ihres Beamten — gleichviel, ob dieser zur Annahme an sich zuständig oder verpflichtet war — übergeben oder anvertraut wurde (RGSt. 21, 52).

So aber lag die Sache nach dem klaren Wortlaut des Urt. hier. Erkennbar ist das LG. davon ausgegangen, daß die zahlreichen und erheblichen Geldeinzahlungen an den Angekl. von den Einzahlern keineswegs dem letzteren persönlich an-

---

lassen keinen Zweifel, daß die gesamte Tätigkeit eines Poststelleninhabers bei Vorbereitung und Abwicklung von postalischen Verkehrsgeschäften den öffentlich-rechtlichen Zwecken der Reichspost dient und damit amtliche Eigenschaft in dem hier erörterten strafrechtlichen Sinne besitzt. § 31 (früher 29) der „Allg. Dienstanweisung für Post und Telegraphie", Abschn. V 1 (PostO. v. 30. Jan. 1929, Amtsbl. des RPostMin. 1929, 49), den die „Dienstanweisung für Posthilfsstellen" ergänzt, trägt die Überschrift „Ort der Einlieferung" und regelt in seinem Abs. IX die Möglichkeiten der Postauflieferung, welche für die Allgemeinheit bei den Posthilfsstellen geboten werden. In den vorhergehenden Absätzen des § 31 PostO. werden die übrigen Postauflieferungsgelegenheiten und ihre Benutzungsweise mit verbindlicher Kraft für die Postbenutzer wie für die Organe der Deutschen Reichspost aufgezählt; z. B. die Möglichkeiten einer Postausgabe durch die Briefkästen, bei Postbegleitern, Wagenführern, Beförderern von Botenposten, Führern der Postzwecken dienenden Privatfuhrwerke, ferner bei Straßenbahnbriefkästen, Paketzustellern, Landzustellern und endlich bei den eigentlichen Annahmestellen der Deutschen Reichspost. Dabei wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Posthilfsstellen in der Annahme von Postsendungen beschränkt sind (§ 31 Abs. 2 PostO.). Die Art dieser Beschränkung wird dann in dem schon erwähnten Abs. IX des § 31 PostO. näher bestimmt. Danach gehört die Annahme von Postanweisungen und Zahlkarten nicht zu den dienstlichen Pflichten des Posthilfsstelleninhabers. Er kann die Entgegennahme solcher Gegenstände daher ablehnen, er darf aber andererseits — und dies ist die Übung — solche Sendungen zur Weitergabe an den Landzusteller übernehmen. Tut er dies, so empfängt er diese Gegenstände ausnahmslos in „amtlicher Eigenschaft". Die Entgegennahme der Sendungen bei einer dem öffentlichen Postverkehr — wenn auch beschränkt — zugänglichen Dienststelle ist hier das Entscheidende, nicht die Frage, ob der betreffende Poststelleninhaber die Postverkehrsgeschäfte aus freien Stücken oder in Erfüllung einer Dienstpflicht anbahnt. Mit Recht bezeichnet das Urteil die Abgrenzung der postalischen Haftung aus der Tätigkeit dieser untersten und primitivsten Postdienststellen als den Zweck der in Rede stehenden Sonderregelung.

OPostDir. Dr. Hellmuth, Nürnberg.

vertraut werden sollten, sondern in dem Glauben geleistet worden sind, es handle sich um Einzahlung an die Postverwaltung zu Händen des zuständigen Beamten, sowie daß der Angekl. sie, für die Einzahler erkennbar, in diesem Sinne entgegengenommen hat. Dies gilt insbes. von dem Konsumverein Wohlfahrt, der sich bei Herausstellung der Verzögerung in der Bestellung sofort beschwerdeführend an die Postverwaltung gewendet hat, anstatt — wie es sonst das gegebene gewesen wäre — den Angekl. als seinen Privatbeauftragten wegen der Erledigung des Auftrags zur Rede zu stellen.

Es unterliegt auch, unbeschadet der Entsch. v. 28. Nov. 1930, keinem Bedenken, daß die Dienstanweisung dem BeschwF. die Führung des als Annahmebuch dienenden Überweisungsblätterheftes amtlich zur Pflicht macht und daß diese Urkunden bestimmungsgemäß dazu dienen sollen, den Eintrag der Einzahlungen und deren Verbleib aufzunehmen, um darüber Auskunft zu geben. Das Urt. weist hiernach dem BeschwF. gegenüber den Tatbestand der §§ 350, 351 StGB. rechtlich bedenkenfrei nach.

Das Gesagte ergibt ferner, daß auch hinsichtlich der Erfüllung des Tatbestandes des § 354 StGB. kein durchgreifendes Bedenken obwalten kann. Der Post „anvertraut“ ist eine Sendung in dem Augenblick, wo sie durch Vermittelung einer von der Postverwaltung geschaffenen Einrichtung in die Verfügungsgewalt der Post gelangt ist (RGSt. 22, 394, 395). Bestellt die Post einen ihrer Beamten zur Entgegennahme solcher Sendungen und regelt sie deren Überleitung in den weiteren Postbetrieb, so stellt dies eine solche Einrichtung auch dann dar, wenn die Dienstanweisung bestimmt, der Beamte sei zur Annahme nicht verpflichtet und die Post übernehme dafür keine Haftung. Die tatsächliche Verfügungsgewalt der Post kommt hier in viel höherem Maße als beim Einwurf in einen Briefkasten darin zum Ausdruck, daß die Post die Annahme der Sendungen durch ihren Beamten nicht nur billigt und anregt, sondern darüber hinaus die Sendungen durch ihn einer postalischen Behandlung unterziehen läßt, also tatsächlich darüber verfügt. Ob man diese Behandlung als eine „Vorbereitung der Übergabe an den Landbesteller“ auffaßt und wie man die Haftung der Post für diese Sendungen rechtlich beurteilt, ist dabei ohne Belang. Denn daß der hierbei nicht auf Anweisung des Einzahlers, sondern gemäß der Dienstanweisung verfahrende Beamte *als solcher* handelt, also amtlich die Sendungen an den Landbesteller weiterleitet, kann nach den Bestimmungen der Dienstanweisung nicht bezweifelt werden. In der amtlichen Verfügung liegt die amtliche Verfügungsgewalt. Das vermögensrechtliche Interesse der Post, sich der Haftung für die Hilfsbeamten zu enthalten, vermag hieran angesichts der von ihr getroffenen dienstlichen Regelung der Angelegenheit nichts zu ändern.

(3. Sen. v. 15. Jan. 1931; 3 D 1009/30.) [A.]

———

2. Strafrechtliche Nebengesetze.

34. §§ 4 Nr. 1, 11 RepSchG.; §§ 73, 128, 129 StGB.

1. *Der Begriff der Geheimhaltung wird allerdings dadurch nicht ohne weiteres erfüllt, daß die Mitglieder einer aufgelösten Verbindung trotz der Auflösungsverfügung zusammenhalten. Die den Grund der Strafandrohung wegen Geheimbündelei bildende gefährliche Lage ist aber dann bereitet, wenn solche Vorkehrungen getroffen werden, die im allgemeinen darauf abzielen, der Staatsregierung den Einblick in die Gestaltung, Gliederung und Wirksamkeit der Verbindung zu verwehren.*

2. *Die Unterstützung einer Verbindung kann dadurch geschehen, daß Personen sich öffentlich so zeigen, wie die Teilnehmer der Verbindung aufzutreten pflegten, und Kundgebungen veranstalten, die von diesen gebraucht wurden, um die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zu lenken.*

3. *Rechtliches Zusammentreffen ist möglich zwischen § 4 Nr. 1 und § 11 RepSchG.* †)

Die Anwendung des § 4 Nr. 1 RepSchG. von 1930 erfordert nicht den Nachweis, daß die Verbindung, deren Unterstützung dem Täter zur Last gelegt wird, in rechtswirksamer Weise aufgelöst worden sei. Vielmehr bedarf es, um die Verurteilung des Täters auf die genannte Vorschrift zu stützen, der Feststellung, daß die Verbindung die Merkmale entweder der Geheimhaltung nach § 128 StGB. oder der Staatsfeindlichkeit nach § 129 StGB. aufweist und überdies die Bestrebung verfolgt, die verfassungsmäßig begründete republikanische Staatsform des Reichs oder eines Landes zu untergraben (RGSt. 58, 224 ff.). Das angefochtene Urteil hat diese Feststellung hinsichtlich einer zur Zeit der Handlung bestehenden jugendlichen Sturmabteilung des von der kommunistischen Partei geförderten Kampfbundes getroffen. Gegen die Annahme, daß eine solche Abteilung und ein solcher Bund den Bestand ungeachtet einer gegen sie ergangenen Auflösungsverfügung bewahren konnten und bewahrt haben und daß es auf die von ihnen geführte äußere Bezeichnung nicht ankommt, walten rechtliche Bedenken nicht ob.

Der Begriff der Geheimhaltung wird allerdings dadurch nicht ohne weiteres erfüllt, daß die Mitglieder einer aufgelösten Verbindung trotz der Auflösungsverfügung zusammenhalten und zusammenwirken. Vielmehr ist die Möglichkeit anzuerkennen, daß eine aufgelöste Verbindung in ihrer Fortsetzung den Ungehorsam gegen die Auflösungsverfügung betätigt, indem sie von jeder Maßnahme absieht, die von nun an „ihr Dasein, ihre Verfassung und ihren Zweck vor der Staatsregierung verbergen soll“. Die von dem BG. erwähnten Äußerungen der Zeitungen, die der kommunistischen

---

Zu 34. I. In ihrer ersten Erkenntnis befaßt sich die Entsch. grundsätzlich mit dem Verhältnis der rein strafrechtlichen zu den verwaltungsstrafrechtlichen Bestimmungen des RepSchG. Zwischen beiden Gruppen besteht kein zwingender innerer Zusammenhang. Das gilt insbes. für das Verhältnis von § 4 Abs. 1 zu § 11. Wollte man anders argumentieren, so würde die überwiegende Bedeutung des § 4 in den Hintergrund treten, wenn nicht dieser Paragraph überhaupt überflüssig würde. Der Gedankengang der BeschwF. („Die Voraussetzung für die Bestrafung nach § 4 und die für die Auflösung eines Vereins nach § 9 sind identisch; ein Verein, wie ihn § 4 charakterisiert, ist nach § 9 aufzulösen; wird er nicht aufgelöst, so fehlt es eben an den Voraussetzungen für die Auflösung, dabei aber auch an den Voraussetzungen für die Strafbarkeit nach § 4, da ja dann offenbar der Tatbestand des § 4 nicht erfüllt ist“) ist abwegig. Die Entsch. kommt auch richtig zu der Ablehnung dieses Gedankenganges. Das RG. stützt jedoch diese richtige Entsch. auf einen wenig überzeugenden Grund. Der Gedankenfehler der BeschwF. liegt nämlich wesentlich auf *rechtlichem* Gebiet und nicht nur im Tatsächlichen und Tatbestandsmäßigen. Sie verkennen, daß die Strafdrohung im § 4 eine *kriminal*strafrechtliche ist. § 11 droht dagegen eine *Verwaltungsstrafe* für die Übertretung der polizeilichen Auflösungsverfügungen an.

II. 1. Eine neue Entsch. zum Begriff der Geheimhaltung. Ihr kann *nicht* zugestimmt werden. Zunächst einmal schon deshalb nicht, weil sie statt klarer Stellungnahme eine spitzfindige Unterscheidung zwischen Geheimhaltung „zu einzelnen Zeiten, an einzelnen Orten und für einzelne Abteilungen“ einerseits und Geheimhaltung „im allgemeinen“ andererseits gibt. Diese Unterscheidung ist unglücklich, zudem aber auch nicht richtig; wenn eine Verbindung an einzelnen Orten und zu einzelnen Zeiten nicht geheim ist, dann ist sie eben nicht geheim. Wenn eine Verbindung im Einzelfalle offen auftritt, dann will sie sich auch nicht „im allgemeinen“ geheimhalten.

Die Quelle dieses Fehlers ist jedoch weniger in der vorliegenden Einzelentsch. zu suchen, als in der Eigenart der Rspr. zum politischen Strafrecht überhaupt.

Das RepSchG. ist ein politisches Gesetz, d. h. es steht nicht auf der einen Seite der Rechtsgüterschutz schlechthin und auf der anderen Seite der Rechtsbrecher, sondern es steht auf der einen Seite die Staatsbejahung und auf der anderen Seite die Staatsverneinung. Im unpolitischen Strafprozeß steht das Gericht „über den Parteien“, nämlich über dem verletzten Rechtskreis einer- und dem Rechtsbrecher andererseits. Im politischen Prozeß steht das Gericht dagegen notwendig auf der einen, nämlich der staatserhaltenden Seite. Damit ist das Gericht in eine Parteistellung gedrängt, und so kommt es, daß Urteile zum RepSchG. die Merkmale, aber auch die Fehler reiner Zweckmäßigkeitsrechtsprechung unvermeidbar an sich tragen müssen. Das gilt ganz besonders für den vorliegenden Fall dieser Entsch., die bedenklich stark im Sachverhalt verhaftet ist und die den hohen und freien rechtlichen Blickpunkt vermissen läßt, den man von höchstrichterlicher Entsch. gewohnt ist und erwarten kann.

2. Soweit die Entsch. zu dem Begriff „*Unterstützung*“ Stellung nimmt, ist ihr grundsätzlich zu folgen. Die Richtigkeit der

Partei dienstbar sind, und das wiederholt beobachtete öffentliche Auftreten von Ansammlungen, die unverhüllt als solche der aufgelösten „Roten Jungfront" erschienen sind, zeigen, daß die Leitung jener Kampfverbände zu einzelnen Zeiten, an einzelnen Orten und für einzelne Abteilungen kein Gewicht auf die Geheimhaltung gelegt hat. Doch schließen solche Erscheinungen des offenen Trotzes keineswegs Vorkehrungen aus, die im allgemeinen darauf abzielen, der Staatsregierung den Einblick in die Gestaltung, Gliederung und Wirksamkeit der Verbindung zu verwehren. Werden solche Vorkehrungen getroffen, so ist die gefährliche Lage bereitet, die den Grund der Strafandrohung des § 128 StGB. bildet.

Ob Vorkehrungen der bezeichneten Art im angefochtenen Urteil für den in Betracht kommenden Kampfverband ausreichend nachgewiesen sind, bedarf keiner näheren Erörterung. Denn jedenfalls erhellt aus den Feststellungen des BG. über den in jener Verbindung regen Willen, daß es, wie schon vor der Auflösung, so auch noch zur Zeit der Handlung der Angeklagten i. S. des § 129 StGB. und § 4 Nr. 1 RepSchG. zu ihren Zwecken gehörte, den Maßregeln der Behörden mit ungesetzlichen Mitteln entgegenzuwirken und insbes die Unterlagen zu erschüttern, auf denen die Staatsform des Reichs gemäß der RVerf. von 1919 ruht.

Die Unterstützung einer Verbindung kann dadurch geschehen, daß Personen sich öffentlich so zeigen, wie die Teilnehmer der Verbindung aufzutreten pflegten, und Kundgebungen veranstalten, die von diesen gebraucht wurden, um die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zu lenken. Denn eine solche, im angefochtenen Urteil bezüglich der Angekl. nachgewiesene Tätigkeit ist geeignet, für die Verbindung zu werben oder doch andere zu einer ihrer Absicht entsprechenden Stellungnahme zu bewegen. Der erk. Sen. hat wiederholt entschieden, daß eine derartige Handlung unter den Begriff der Unterstützung fällt (RGUrt. v. 27. Jan. 1930, II 1063/29 und v. 3. Febr. 1930, II 1517/29).

Die von der Rev. gerügte Nichtanwendung des § 11 RepSchG. gereicht den BeschwF. nicht zum Nachteil. Verletzte die Handlung der Angekl. nicht nur den § 4 Nr. 1, sondern auch den § 11 des genannten Gesetzes, so mußte nach § 73 StGB. doch die erstere Vorschrift um deswillen zur Anwendung gebracht werden, weil sie die schwerere Strafe androht. Das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander ist nicht so beschaffen, daß § 11 als das besondere Gesetz die Anwendung des § 4 Nr. 1 als des allgemeinen ausschließen würde. Denn § 11 stellt nicht etwa denselben Tatbestand wie § 4 Nr. 1 nur unter engerer Begrenzung oder eigenartiger Gestaltung eines oder einzelner Begriffsmerkmale auf (RGSt. 59, 107, 111; 60, 117, 122). Vielmehr sind dem § 11 gewisse Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 1 fremd, während er andererseits Tatbestandsmerkmale enthält, die in der letzteren Vorschrift fehlen.

(2. Sen. v. 4. Mai 1931; 2 D 383/31.) [A.]

35. § 5 Nr. 1 RepSchG. „Ausbeuterrepublik."†)

Der Angekl. hielt als Anhänger einer bestimmten parteipolitischen Richtung eine unvorbereitete Ansprache vor einer großen Zahl von Zuhörern, die zum weit überwiegenden Teil mit ihm gleichgesinnt waren. Er erwähnte die hohen Steuern, behauptete, daß die Arbeiter von der Republik durch die Gesetzgebung ausgebeutet werden, und gebrauchte in diesem Zusammenhang das Wort „Ausbeuterrepublik".

Die Anklage erblickt in dem Gebrauch dieses Wortes ein Vergehen gegen § 5 Nr. 1 RepSchG. v. 25. März 1930.

Die StrK. hat den Angekl. freigesprochen. Sie hat die Annahme, daß jene Äußerung als eine Beschimpfung anzusehen sei, unter Berücksichtigung der Rspr. des RG. abgelehnt, weil „das abgenutzte politische Schlagwort in Form und Inhalt nicht über eine bloße Beleidigung oder Kundgebung der Geringschätzung hinausgehe". Sie hat ferner eine böswillig und mit Überlegung begangene Verächtlichmachung nicht für vorliegend erachtet, vielmehr ihrer Überzeugung davon Ausdruck verliehen, daß dem überdies infolge eines vorangegangenen Zusammenstoßes mit Landjägermannschaften erregten Angekl. „das fragliche Wort unüberlegt während seiner Rede entschlüpft sei".

Der Rev. der Staatsanwaltschaft kann nicht stattgegeben werden.

Die Gründe des angefochtenen Urt. sind in jeder Richtung frei von Rechtsirrtum. Sie lassen, soweit sie den Begriff der Beschimpfung verneinen, erkennen, daß die StrK. die Umstände, unter denen jenes Wort flüchtig hingeworfen worden ist, gewürdigt und vornehmlich darauf geachtet hat, welche Wirkung auf die zuhörenden Gesinnungsgenossen der Angekl. zu erwarten hatte und zu erzielen gedachte. Im übrigen ist die Verneinung dieses und des anderen noch in Betracht kommenden Tatbestandsmerkmals durchaus auf unanfechtbare tatsächliche Erwägungen gestützt.

Der Oberreichsanwalt hat die Aufhebung des Urt. und die Zurückverweisung beantragt.

(2. Sen. v. 19. Febr. 1931; 2 D 105/31.) [D.]

II. Verfahren.

36. § 57 Nr. 2 StPO.; § 161 StGB. **Durch eine im Gnadenweg erfolgte Bewilligung der Löschung einer Verurteilung wegen Meineids im Strafregister wird die Eidesunfähigkeit nicht beseitigt.**

Der Zeuge Sch. ist 1899 wegen Meineids zu Zuchthausstrafe, Ehrverlust und zur dauernden Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, verurteilt. Durch die Entschließung des Justizministeriums wurde die Löschung des auf diese Verurteilung bezüglichen Strafregistervermerks im Wege der Gnade bewilligt. Hierdurch ist aber die Eidesunfähigkeit nicht beseitigt worden. Sch. hätte daher gemäß § 57 Nr. 2 StPO. unbeeidigt vernommen werden müssen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß

Entsch. ergibt sich ohne weiteres aus der Erwägung, daß der Begriff „unterstützen" weiter ist, als der der Beihilfe. Jede begünstigende Beeinflussung ist Unterstützung.

3. Soweit im letzten Teil die Entsch. sich mit der Konkurrenzfrage befaßt, vertritt sie lediglich den bereits in ständ. Rspr. durchgeführten Standpunkt des RG., wonach schon Spezialität dann nicht anzunehmen ist, sobald die Kongruenz der Tatbestände in irgendeinem Punkte, sei es durch Lücken oder Ergänzungen, aufgehoben ist.

RA. Dr. Ernst Leffmann, Berlin.

Zu 35. RG. (1. StrSen.): JW. 1930, 1148 bemerkt: „Bei der Beurteilung der Frage", ob der Tatbestand der Beschimpfung gegeben sei, „kann nicht unbeachtet bleiben, daß sich in einem Kreise eine Bezeichnung oder Ausdrucksweise derart einbürgern kann, daß einer sie dem andern gedankenlos nachspricht und sich so eine Gewohnheitsmäßigkeit herausbildet. In solchen Fällen besteht möglicherweise nichts weiter als eine törichte oder geschmacklose Unart." In RGSt. 57, 185 spricht sich der 1. StrSen. folgendermaßen aus: „Ob eine Beleidigung zugleich als Beschimpfung i. S. des RepSchG. zu werten ist, muß nach der Lage des einzelnen Falles beurteilt werden. Die Frage kann zu verneinen sein, wenn es sich nur um ein einzelnes Scheltwort handelt, wie solche im Unmut rasch und ohne eigentliches Bewußtsein von dem gedanklichen Inhalt des Wortes ausgestoßen werden." Nach dieser Rspr. verliert eine Äußerung ihren an sich gegebenen beschimpfenden Charakter, wenn sie entweder in dem Kreise derer, welche die Äußerung aufnehmen, zu einem gedankenlos ausgesprochenen Schlagwort geworden ist, oder wenn der Äußernde selbst sie ohne eigentliches Bewußtsein von dem gedanklichen Inhalt des Wortes gedankenlos angewendet hat. Im vorliegenden Fall billigt der 2. StrSen. die Verneinung des Tatbestandes der Beschimpfung, wenn ein abgenutztes politisches Schlagwort flüchtig hingeworfen wird und keine Umstände vorliegen, welche im besonderen Fall eine andere Würdigung veranlassen. Allerdings hat der gleiche Senat in JW. 1928, 816 erklärt: „Da das Gesetz die Kampfmethoden zu veredeln sucht, kann es auch nicht darauf ankommen, ob Vorwürfe der fraglichen Art im politischen Kampfe üblich sind." Wenn man schon von dem Grundgedanken des Gesetzes ausgeht, möchte man meinen, daß gerade die „abgenutzten politischen Schlagworte" zu bekämpfen seien; denn in diesen Schlagworten, die bereits wie eine Selbstverständlichkeit aufgenommen werden, liegt eine besondere Wirkung auf die Masse. Um so mehr aber ist es gerechtfertigt, bei gedankenlos hingeworfenen Ausdrücken, die nicht schon zufolge ihres Charakters als Schlagwort besondere Wirkung haben, den Tatbestand der Beschimpfung zu verneinen. Die in der Rspr. stets hervorgehobene rein praktische Tendenz des Gesetzes und der stets anerkannte Grundsatz, daß die Beurteilung sich nach der Lage des einzelnen Falles zu richten habe, geben im übrigen der Rspr. einen jederzeit dehnbaren Charakter.

RA. Dr. A. Graf v. Pestalozza, München.

das Gericht die Eidesunfähigkeit nicht kannte und deshalb sie nicht berücksichtigen konnte. Es kann auch nicht ohne weiteres verneint werden, daß das angefochtene Urt. teilweise auf dem Mangel beruht. Das BG. hat auf Grund der für glaubwürdig erachteten Aussage Sch.s das Verteidigungsvorbringen des Angekl. in bezug auf bestimmte für die Entscheidung nicht unwesentliche Punkte für widerlegt erklärt; ob dies auch geschehen wäre, wenn Sch. wegen seiner Eidesunfähigkeit unbeeidigt vernommen worden wäre, vermag das RevG. nicht zu beurteilen.

(1. Sen. v. 17. Juni 1930; 1 D 617/30.) [D.]

37. §§ 59 Abs. 1, 244 StPO.

1. Die Frage, ob ein Beweisantrag nur zur Verschleppung gestellt worden ist, darf lediglich aus der Person des Antragstellers entschieden werden. Der Verteidiger hat neben dem Angekl. ein völlig selbständiges Antragsrecht.

2. Es ist statthaft, daß der Vorsitzende Vorhaltungen eines Zeugen an einen anderen Zeugen zuläßt, wenn sie der Erforschung des Sachverhalts dienen.

3. Die die Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen anordnende Bestimmung ist eine bloße Ordnungsvorschrift.

1. Der Beweisantrag durfte nicht aus dem Gesichtspunkte einer Verschleppungsabsicht des Angekl. abgelehnt werden. Denn nicht dieser hat ihn gestellt, sondern der Verteidiger, wenn auch vermerkt ist, daß „der Angekl. den Antrag, Beweis zu erheben, „stellte"; daß die Sitzungsniederschrift mit diesem Vermerk nicht den Angekl. im Gegensatz zum Verteidiger gemeint hat, ergibt sich auch aus Bl. 40 R. unt., wo erst von einem Antrag des Verteidigers die Rede ist und sodann derselbe Antrag als ein Antrag des Angekl. bezeichnet wird. Die Frage aber, ob ein Beweisantrag nur zur Verschleppung gestellt worden ist, darf lediglich aus der Person des Antragstellers entschieden werden, da der Verteidiger neben dem Angekl. ein völlig selbständiges Antragsrecht hat (RGUrt. vom 6. Juli 1926, I 376/26). Somit hätte die StrK. den Beweisantrag wegen Verschleppungsabsicht nur dann ablehnen dürfen, wenn sie überzeugt gewesen wäre, daß der Verteidiger eine solche Absicht verfolgte. Sie hat jedoch die Ablehnung, soweit sich diese auf eine Verschleppungsabsicht stützt, nur mit einer solchen Absicht des Angekl. begründet. Zwar heißt es im Anschluß an die Erörterung „der in das Wissen des Pächters R. gestellten Tatsachen" Bl. 39 R.: „Der Umstand, daß der Angeklagte bzw. dessen Verteidiger im ausdrücklichen Auftrage des Angekl. solche Beweisanträge stellt, beweist ebenfalls, daß es dem Angekl. nur auf eine Verschleppung des Verfahrens ankommt." Doch läßt sich im Hinblick auf die Stellung dieses Satzes in dem die Zeugen F. und R. betreffenden Absatz des Beschlusses nur annehmen, daß er lediglich die Anträge auf Vernehmung dieser Zeugen im Auge hat, wenn nicht gar nur den unmittelbar vorhergehenden Antrag auf Vernehmung des Zeugen R. Überdies ist aus jenem Satze nicht mit voller Klarheit ersichtlich, daß die StrK. angenommen hat, der Verteidiger habe die Anträge als bloßes Werkzeug des Angekl. niedergeschrieben und sie sich nicht selbständig zu eigen gemacht.

2. Die StPO. enthält keine Bestimmung, die es verbietet, daß ein Zeuge einem anderen Zeugen Vorhaltungen macht. Der Vorsitzende hat die Vorhaltungen, die der Zeuge Z. dem Zeugen F. gemacht hat, zugelassen, weil sie der Erforschung des Sachverhaltes dienten (vgl. die amtliche Erklärung des Vorsitzenden und des Berichterstatters v. 6. Sept. 1930; Bl. 110 R. unt. d. A.); eine Gesetzesverletzung ist hierin nicht zu erblicken (vgl. auch RGUrt. vom 2. April 1903, I 1263/03 [GoltdArch. 50, 274] und vom 15. März 1906, III 1158/05 [SeuffBl. 71, 417]). Der § 59 Abs. 1 StPO., dessen Verletzung die Rev. rügt, bildet, soweit er die Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen betrifft, eine bloße Ordnungsvorschrift, auf deren Verletzung die Rev. nicht gestützt werden kann. Übrigens ist der Zeuge Z., wie die Sitzungsniederschrift ergibt, sofort, nachdem er den Zuhörerraum betreten hatte, aus dem Saale gewiesen worden und hat, wie der Vorsitzende und der Berichterstatter amtlich erklärt haben, den Saal vor seiner Vernehmung nicht wieder betreten.

(1. Sen. v. 24. März 1931; 1 D 21/31.) [A.]

38. §§ 140, 338 Nr. 8 StPO.; § 243 Nr. 2 StGB.

1. Durch den an das Gericht erster Instanz gerichteten Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers wird ein Recht des Angekl. auf einen Pflichtverteidiger auch für das Berufungsverfahren begründet.

2. Ist dem Angekl. zu Unrecht der Beistand eines Verteidigers vorenthalten worden, so kann dies in seiner verfahrensrechtlichen Wirkung nicht anders angesehen werden, als wenn ein Verteidiger bestellt gewesen und nicht zur Verhandlung erschienen wäre.

3. Ein außerhalb der Läden befindlicher Schaukasten kann nicht als Gebäudeteil gelten.†)

Der Angekl. hat innerhalb der Frist des § 140 Abs. 4 Satz 2 StPO. den Antrag gestellt, ihm einen Verteidiger beizugeben. Dem Antrag mußte stattgegeben werden, weil den Gegenstand der Anschuldigung solche Taten bilden, die nicht nur wegen Rückfalls Verbrechensnatur haben. Das SchöffG. hat auch dem Angekl. einen Verteidiger beigegeben. Dagegen ist ein solcher für das Berufungsverfahren erneuter Antrag des Angekl. vom LG. abgelehnt worden, es liege kein Fall der notwendigen Verteidigung vor, auch bestehe kein Anlaß, dem Angekl. nach § 141 StPO. einen Verteidiger zu bestellen. Ein wiederholter Antrag des Angekl. wurde ebenso abgelehnt. Die Annahme der StrK. war irrig, da durch den an das SchöffG. gestellten Antrag das Recht auf einen Pflichtverteidiger auch für das Berufungsverfahren begründet worden ist. Hiernach ist die Berufungsverhandlung durchgeführt worden in Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt (§ 338 Nr. 5 StPO.). Daß dem Angekl. zu Unrecht der Beistand eines Verteidigers vorenthalten wurde, kann in seiner verfahrensrechtlichen Wirkung nicht anders angesehen werden als wenn ein Verteidiger bestellt gewesen und nicht zur Verhandlung erschienen wäre (vgl. RGSt. 20, 38; 38, 216; 44, 16).

Ein außerhalb der Läden befindlicher Schaukasten gilt nicht als Gebäudeteil i. S. des § 243 Nr. 2 StGB.

(1. Sen. v. 13. Febr. 1931; 1 D 89/30.) [A.]

****39.** Nichtverbrauch der Strafklage durch Einstellungsbeschluß nach § 153 StPO.†)

Gegen den Angekl. ist das Hauptverfahren auf Grund der Beschuldigung eröffnet worden, daß er am 31. Mai 1928

Zu 38. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Verteidigung nach § 140 Abs. 3 StPO. als eine „notwendige" zu betrachten ist, wenn der Verteidiger in einem Falle, in welchem Gegenstand des Verfahrens eine Tat, die nicht nur wegen Rückfalls ein Verbrechen ist, dem Angekl. auf seinen, nach dem letzten Satz des Abs. 4 ebenda rechtzeitigen Antrag vom SchöffG. bestellt worden ist. Ebensowenig ist zu bezweifeln, daß dann die Notwendigkeit der Verteidigung sich nicht nur auf die Verhandlung vor dem SchöffG. erstreckt, sondern daß der Ausdruck „in den vor dem AG. oder dem SchöffG. zu verhandelnden Sachen" nur die Art der in Betracht kommenden Sachen bezeichnen soll, und die Bestellung des Verteidigers für das gesamte Verfahren, insbes. auch für die BerInst., gilt. Die Funktion des so bestellten Verteidigers erlischt nicht mit dem erstinstanzlichen Urteil, er ist gem. § 297 StPO. zur Einlegung der Berufung befugt, und die Verteidigung bleibt eine „notwendige", auch für die BerInst. Es war deshalb ein superfluum, daß der Angekl. in dieser Instanz seinen Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers wiederholte, und es war schon deshalb rechtsirrtümlich, daß die StrK. diesen Antrag zurückwies (vgl. Löwe-Rosenberg, Anm. 12a und 12b sowie die dort zitierten Entsch. des RG.). War aber die Verteidigung eine „notwendige", so durfte selbstverständlich die Hauptverhandlung nicht ohne Anwesenheit des Verteidigers durchgeführt werden, und es war durch die Verletzung dieser Vorschrift der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO. gegeben.

Ob der in Frage stehende Schaukasten als Gebäudeteil i. S. des § 243 Nr. 2 StGB. anzusehen ist, dürfte sich nur nach Feststellung der Art seines Zusammenhangs mit dem Laden, „außerhalb" dessen er sich befand, entscheiden lassen.

JR. Dr. Mamroth, Breslau.

Zu 39. Die Frage nach der materiellen Rechtskraft des aus § 153 Abs. 3 StPO. erlassenen Einstellungsbeschlusses ist bisher teils dahin

vor dem AG. K. den ihm auferlegten Offenbarungseid nach § 807 ZPO. wissentlich falsch geschworen habe. Die Eidesverletzung ist nach der Anklage darin gefunden worden, daß er in dem beschworenen Vermögensverzeichnis eine Mietzinsforderung gegen seinen Mieter Th. in Höhe von monatlich 30 RM absichtlich verschwiegen hat. Durch das jetzt angefochtene Urteil ist er wegen Meineids verurteilt worden. In der Hauptverhandlung waren auf Antrag des Verteidigers Strafakten gegen den Angekl. aus d. J. 1928 herbeigezogen und inhaltlich vorgetragen worden. Aus ihnen ergibt sich, daß gegen den Angekl. am 1. Dez. 1928 das Hauptverfahren vor dem SchöffG. K. eröffnet worden war, weil er dringend verdächtig erschien, den am 31. Mai 1928 vor dem AG. K. geleisteten Eid insofern fahrlässig falsch geleistet zu haben, als er in dem beschworenen Vermögensverzeichnis zwei Anzüge und einen Paletot nicht angeführt hatte. Dieses Verfahren wegen fahrlässigen Falscheids ist im Einverständnis mit der Staatsanwaltschaft in der damaligen Hauptverhandlung vor dem SchöffG. am 25. Jan. 1929 gemäß § 153 StPO. eingestellt worden. In dem jetzt angefochtenen Urteil hat sich das SchwG. darüber nicht ausgesprochen, ob jener Einstellungsbeschluß Wirkungen auf das gegenwärtige Verfahren zu äußern vermöge. Die Rev. rügt in erster Linie die Verletzung des § 153 StPO. und bringt vor, es sei gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz ne bis in idem verstoßen. Denn die Strafklage sei nach der Erlassung des Einstellungsbeschlusses v. 25. Jan. 1929 verbraucht gewesen.

Die Rev. kann mit dieser Rüge keinen Erfolg haben. Wohl ist gemäß § 264 StPO. Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung darstellt, wobei als Tat der ganze geschichtliche Vorgang des Eröffnungsbeschlusses zu verstehen ist. Hierdurch sind auch die Grenzen der Rechtskraft und damit des Verbrauchs der Strafklage eines Urteils ohne weiteres bestimmt. Es ist weiter anerkannt, daß auch Beschlüsse, durch die eine Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens abgelehnt ist, den Verbrauch der Strafklage zur Folge haben, wenn sie unanfechtbar geworden sind (§ 211 StPO.; vgl. RGSt. 46, 69; 56, 351; 62, 154). Keineswegs kann aber anerkannt werden, daß alle unanfechtbaren Entscheidungen oder Beschlüsse in einem Strafverfahren ohne weiteres einen vollständigen Verbrauch der Strafklage zur Folge haben. U. a. darf darauf hingewiesen werden, daß z. B. beim Strafbefehl die materielle Rechtskraft eine beschränkte ist. Sie umfaßt wegen des Fehlens der Möglichkeit weitergehender Prüfung nicht einen im

---

beantwortet worden, daß dieser Beschluß genau wie ein Sachurteil das Strafklagerecht verbrauche (so Feisenberger, Anm. 11 zu § 153; Gerland, StrProz. S. 162; Hagemann: JurRdsch. 1929, 116); teils dahin, daß er zwar prozeßgegenständlich unbeschränkt Rechtskraft wirke, die letztere aber auflösend bedingt sei im Sinne des § 211 StPO., ein neuer Prozeß also mit Auftauchen von Nova wieder statthaft werde (so Nagler: GerS. 90, 426; Beling, StrProzR. S. 366). Das RG. tritt nun mit einer dritten Auffassung hervor: Der Beschluß schaffe nur prozeßgegenständlich beschränkte Rechtskraft, insofern er einem zur Geltendmachung eines Verbrechenscharakters der Tat bestimmten Neuprozeß nicht entgegenstehe. Begründet wird diese Auffassung damit, daß § 153 Abs. 3 in dem Streben nach Rechtsökonomie wurzle, d. h. in dem Wunsche, Vergehensfälle besonders leichter Art ohne eine andere sachliche Prüfungspflicht als die hinsichtlich ihrer Bagatellmäßigkeit zur formalen Erledigung zu bringen. Das RG. nimmt also an, daß das Gericht, um von § 153 Abs. 3 Gebrauch zu machen, nicht die Aufgabe hat, den Verbrechenscharakter der Tat zu prüfen, und daß letzterer folgeweise von dem Strafklagerechtsverbrauch unberührt bleibt.

Ich kann mich der Auffassung des RG. nicht anschließen. Sie leidet m. E. an einem circulus vitiosus. So richtig es ist, daß „bei bloßen Vergehensfällen“ behufs Erlassens des Einstellungsbeschlusses nur die Bagatellmäßigkeit geprüft zu werden braucht, so fordert doch die Feststellung, daß es sich nur um Vergehen handle, die Vorprüfung der Tat auf ihren Verbrechenscharakter heraus. Gerade weil Verbrechen jenseits des § 153 Abs. 3 liegen, muß erst durch Prüfung und Verneinung des Verbrechenscharakters reiner Tisch gemacht sein, um zu dem Einstellungsbeschluß schreiten zu können.

Man bedenke, daß die Klage, um die es sich hier handelt, eine Klage wie jede andere auch ist (es braucht nicht einmal eine solche zu sein, bei der der Staatsanwalt Vergehenscharakter der Tat angenommen hat). Jede Klage ist aber vom beschließenden Gericht in vollem Umfang des Prozeßgegenstandes auf hinreichenden Verdacht hin zu würdigen; kommt das Gericht zur Annahme hinreichenden Verdachts für Vorliegen eines Verbrechens, so hat es eben das Hauptverfahren zu eröffnen. Der vom RG. richtig betonte prozeßökonomische Gesichtspunkt schließt dies nicht nur nicht aus, sondern gebietet es sogar: es wäre nicht ökonomisch, dem Prozeß einstweilen auszuweichen, wenn anzunehmen ist, daß die Tat doch noch als Verbrechen zu erledigen sein werde. Jener Gesichtspunkt führt, im richtigen Lichte gesehen, nur dahin, daß das Gericht nach Verneinung des hinreichenden Verdachts für Verbrechen nunmehr nur die Bagatellmäßigkeit des Falles ins Auge zu fassen braucht und bejahendenfalls auf sich beruhen lassen kann, ob hinreichender Vergehensverdacht vorliege oder nicht.

Erst recht muß das Gesagte dann gelten, wenn das Hauptverfahren eröffnet worden ist und erst in der Hauptverhandlung die Frage auftaucht, ob man nicht wegen Geringfügigkeit die Sachentscheidung umgehen und bloße Einstellung nach § 153 Abs. 3 beschließen solle. Zu einer Klage gewöhnlichen Schlages hat sich hier noch ein Eröffnungsbeschluß gewöhnlichen Schlages hinzugesellt; und ein solcher verlangt Erledigung in vollem Umfang des Prozeßgegenstandes nach § 264 StPO. Ihm gegenüber kann sich das Gericht unmöglich der Pflicht entziehen, den Verbrechenscharakter der Tat zu prüfen. Erst wenn es ihn verneint hat, taucht die Möglichkeit auf, von § 153 Abs. 3 Gebrauch zu machen.

Wollte man versuchen, einen Rechtssatz dahin zu formulieren: „In den Fällen des § 153 Abs. 3 braucht das Gericht den Verbrechenscharakter nicht zu prüfen“, so würde man dessen Unmöglichkeit erkennen, sobald man bedenkt, daß „die Fälle des § 153 Abs. 3“ erst nach Erlaß des Beschlusses da sind, während der Klage und dem Eröffnungsbeschluß nicht anzusehen ist, ob solche vorliegen.

So kann die Frage nur die sein, ob die — die Tat in vollem Umfang ergreifende — Rechtskraft des Beschlusses eine dauernde ist wie beim Sachurteil, oder ob sie mit Auftauchen von neuen Tatsachen oder Beweismitteln aufhört.

Nun ist unbestreitbar, daß der Beschluß, wenn er im Zwischenverfahren durch das beschließende Gericht erlassen wird, seinem Wesen nach ein „Nichteröffnungsbeschluß“ i. S. von § 204 StPO. ist. Die Begründung des Beschlusses geht dahin: Hinreichender Verbrechensverdacht bestehe nicht; und ob Vergehensverdacht bestehe, könne dahingestellt bleiben, da der Fall geringfügig sei, und deshalb von Prozeßdurchführung gem. § 153 Abs. 3 Abstand genommen werde. Es leuchtet ein, daß für diesen Beschluß, soweit es sich um Verbrechensverdacht handelt, ohne weiteres die clausula rebus sic stantibus gem. § 211 StPO. gilt; und für den Vergehensverdacht muß das um so mehr gelten, als das Gericht selbst diesen ja gar nicht in die Tiefe geprüft hat; tauchen als solche neuen Tatsachen oder Beweismittel auf, die den Fall als nicht mehr bagatellmäßig erscheinen lassen, so muß auch damit die Rechtskraft des Beschlusses entfallen.

Zweifelhaft kann nur sein, ob der Beschluß anders zu behandeln ist, wenn er erst in der Hauptverhandlung erfolgt. Formell hat der § 211 StPO. für solche Beschlüsse keine Geltung; und da das erkennende Gericht ja nur auf dem Umwege über Verneinung vom Verbrechenscharakter der Tat zu dem Beschlusse aus § 153 Abs. 3 gelangen kann (s. o.), so könnte man sogar daran denken, daß eine Freisprechung hinsichtlich des Verbrechenscharakters in dem Beschlusse versteckt sei, die dann den gleichen Rang hätte wie eine urteilsmäßig ausgesprochene. Hinsichtlich der Einstellung selbst (betr. Vergehenscharakters) könnte man geltend machen, daß sie, weil im Hauptverfahren ergehend, von selbst Endgültigkeit beanspruche.

Demgegenüber will aber beachtet sein, daß die Hinausverlegung des Beschlusses aus § 153 Abs. 3 aus dem Eröffnungsstadium in das Hauptverfahren eine eigentümliche Prozeßlage schafft. Jeder Eröffnungsbeschluß erheischt, daß das erkennende Gericht den Prozeßgegenstand umfassend prüft und durch Sachurteil erledigt. Dieser Aufgabe entzieht sich nun das erkennende Gericht, wenn es von § 153 Abs. 3 Gebrauch macht: es erklärt, dem Eröffnungsbeschluß von jetzt ab nicht mehr genügen zu wollen, sondern das Hauptverfahren abzuschließen, weil sich dessen Fortführung aus dem prozeßökonomischen Grunde des § 153 Abs. 3 nicht lohne. Folglich nimmt das erkennende Gericht die Funktion des beschließenden Gerichts an sich: es setzt pro futuro (nicht ex tunc) den Eröffnungsbeschluß außer Kraft und ersetzt ihn durch den Einstellungsbeschluß, der dann natürlich nach Analogie des § 211 StPO. nur auflösend bedingter Rechtskraft teilhaftig ist.

Jedenfalls dürfte die Gegenmeinung, wonach die Einstellungsbeschlüsse aus § 153 Abs. 3 sowohl gegenständlich wie zeitlich uneingeschränkt Rechtskraft wirken, vom rechtspolitischen Standpunkt aus bedenklich sein; dies um so mehr, als sie nicht einmal anfechtbar, noch auch einer Wiederaufnahme des Verfahrens ausgesetzt sind, ihre Rechtskraft also noch tiefer einschneidend wäre als die der Sachurteile.

Dem hier in Rede stehenden Urteil des RG. ist vom Standpunkte der oben entwickelten Auffassung aus zuzustimmen; denn augenscheinlich hatte das Gericht des Vorprozesses, als es nach § 153 Abs. 3 einstellte, von der Mietzinsforderung und ihrer Verschweigung durch den Angekl. bei der Eidesleistung nichts gewußt; es handelte

Strafbefehl nicht gewürdigten Gesichtspunkt, der eine erhöhte Strafbarkeit begründet (vgl. RGSt. 56, 259). Es ist deshalb die besondere Prüfung der Frage geboten, ob die auf Grund des § 153 StPO. erfolgte Einstellung ohne weiteres in dem durch § 264 StPO. gegebenen vollen Umfang den Verbrauch der Strafklage zur Folge hat. Der Senat vermag diese Frage nicht zu bejahen. Gemäß § 152 Abs. 2 StPO. ist, soweit nicht gesetzlich anderes bestimmt ist, die Staatsanwaltschaft verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbarer und verfolgbarer Handlungen einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Von diesem sog. Legalitätsprinzip sind Ausnahmen zugelassen. Unter diesen befindet sich in § 153 StPO. die Bestimmung, daß bei einem Vergehen die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Amtsrichters von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen kann, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind. Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen; der Beschluß kann nicht angefochten werden. Bei Verbrechen ist eine solche Maßnahme nach den klaren Worten des Gesetzes ausgeschlossen. Daß aber dem Gesetzgeber die nahen Grenzen zwischen Vergehen und Verbrechen genau bekannt waren, wonach z. B. durch das Hinzutreten eines Tatbestandsmerkmals aus einem Vergehen ein Verbrechen wird, bedarf keiner besonderen Erörterung. Erwägt man noch, daß der Grund zur Einfügung des § 153 StPO. das Streben nach Rechtsökonomie war, d. h. der Wunsch, Vergehensfälle besonders leichter Art — leicht nach den Folgen und dem Verschulden des Täters — ohne weiteres von der gerichtlichen Anhängigmachung überhaupt auszuschließen, oder sie — ohne Rücksicht auf die Interessen des Angekl. — auch nach eingetretener Rechtshängigkeit ohne eine andere sachliche Prüfungspflicht als der, hinsichtlich ihrer Bagatellmäßigkeit, zur formalen Erledigung zu bringen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß ein solcher gemäß § 153 StPO. ergangener Einstellungsbeschluß nicht die Bedeutung einer den Prozeßgegenstand erledigenden Entscheidung i. S. des § 264 StPO. hat. Vielmehr handelt es sich hierbei nur um die Ermächtigung des Gerichts zur Abstandnahme von der Fällung einer den Prozeßgegenstand in seiner Gesamtheit erledigenden Sachentscheidung. Der Beschluß nach § 153 Abs. 3 StPO. stellt eine den Prozeßgegenstand nicht erschöpfende, wesentlich formelle Einstellung dar, die auf Grund eines prima-facie-Beweises die aus rechtspolitischen Gründen wünschenswerte Ausscheidung von Bagatellvergehen aus dem Legalitätsprinzip zum Gegenstand hat. Entscheidungen solcher Art können einer unbeschränkten materiellen Rechtskraft nicht fähig sein und daher auch nicht ohne weiteres einen Verbrauch der Strafklage im Sinne und Umfange der Norm des § 264 StPO. begründen. Die Bestimmung der Grenzen der Unanfechtbarkeit eines solchen Beschlusses gewinnt einen verständigen Sinn nur dann, wenn man ihm die Bedeutung beimißt, daß der Angekl. keine den Prozeßgegenstand erschöpfende Sachentscheidung, der Staatsanwalt aber bei unveränderter Rechtsgrundlage keine nochmalige Prüfung der auf dem Gebiete des Ermessens liegenden Voraussetzungen der Geringfügigkeit der Schuld und der Unbedeutendheit der Folgen verlangen kann, daß in diesem Umfange also auch eine beschränkte Rechtskraft besteht, daß diese aber ohne weiteres entfällt, wenn und soweit es sich herausstellt, daß kein Vergehen, sondern ein Verbrechen vorliegt. Insofern ist also der Grundsatz des § 264 StPO. bei den nach § 153 StPO. erlassenen Beschlüssen einer Schranke unterworfen.

(1. Sen. v. 8. Mai 1931; 1 D 1367/30.) [D.]

40. §§ 155, 264 StPO.; §§ 74, 153 f., 156, 263 StGB.

1. Die Rechtskraft des Schuldausspruchs steht dem Einwand des Verbrauchs der Strafklage nicht entgegen.

2. Begrifflich ausgeschlossen ist ein Fortsetzungszusammenhang zwischen Meineid und vorsätzlich falscher eidesstattlicher Versicherung oder Betrug.

Der BeschwF. hat in erster Linie den Einwand des Verbrauchs der Strafklage erhoben. Ihm würde nach den von dem RG. in den Entsch. RGSt. 62, 163; 65, 150 entwickelten Grundsätzen die Rechtskraft des Schuldspruchs nicht entgegenstehen. Er ist aber unbegründet.

Daß der jetzt abgeurteilte Meineid mit einem früher abgeurteilten fortgesetzten Betruge im Fortsetzungszusammenhange begangen sein könnte, ist schon mangels Gleichartigkeit der Tatbestände und des verletzten Rechtsgutes ausgeschlossen. Begrifflich ausgeschlossen ist auch ein Fortsetzungszusammenhang zwischen vorsätzlich falscher eidesstattlicher Versicherung und Meineid. Überdies ist das Vergehen der falschen eidesstattlichen Versicherung offensichtlich als Einzelhandlung abgeurteilt worden; schon im Hinblick hierauf kann sie aus dem Gesichtspunkte des Fortsetzungszusammenhanges nicht den Verbrauch der Strafklage bez. Meineides begründen.

Aber auch ein mit dem jetzt abgeurteilten Meineide des BeschwF. in Tateinheit stehender Betrug, der etwa eine Teilhandlung eines bereits früher abgeurteilten fortgesetzten Betruges bilden könnte, ist nach den in dem angefochtenen Urt. getroffenen Feststellungen ausgeschlossen. Nach ihnen hat der BeschwF. die ihm von dem früheren Mitangekl. Sch. übergebenen 22 *RM*, die er als Restzahlung an L. auf die Sprechmaschinen zahlen sollte, unterschlagen. Sch. hat geglaubt, daß die 22 *RM* von dem BeschwF. tatsächlich abgeführt worden seien und in diesem Glauben sich auf den Rechtsstreit eingelassen. Ein Prozeßbetrug seinerseits unter Beteiligung des BeschwF. — als Mittäter oder Gehilfe — kommt hiernach keinesfalls in Frage; ebensowenig ein mit dem Meineide in Tateinheit stehender Betrug, der wieder im Fortsetzungszusammenhang mit den früheren bereits abgeurteilten Betrügereien stehen könnte. Denn er ist den von dem BeschwF. behaupteten früheren Betrugshandlungen weder gleichartig noch steht er sonst mit ihm in Zusammenhang.

(2. Sen. v. 25. April 1931; 2 D 349/31.) [A.]

41. §§ 155, 244 StPO. Die Entscheidung über den Antrag der Zeugin, an der der Angekl. eine unzüchtige Handlung begangen haben soll, aufzugeben, den Vorgang vor dem Gericht körperlich darzustellen, um dadurch die Unwahrheit ihrer Angaben und ihre Unglaubwürdigkeit zu erweisen, steht im Ermessen des Gerichts, das im Rahmen der ihm allgemein obliegenden Aufklärungspflicht zu prüfen hat, ob die beantragte Beweiserhebung eine beachtliche Klärung des Sachverhalts erwarten läßt. †)

Der Verteidiger hat am Schluß der Hauptverhandlung

---

sich also um Nova, die dem neuen Prozeß die Bahn frei machten. Übrigens ist man versucht, zu glauben, daß das RG. selbst, wenn es von der Unberührtheit des Verbrechenscharakters der Tat durch den Beschluß aus § 153 Abs. 3 spricht, an solche Fälle gedacht hat, in denen dieser Charakter eben durch Nova offenbar wurde (vgl. die Wendung: „es sich herausstellt, daß ein Verbrechen vorliegt“). Ob ein Verbrechensprozeß de eadem re auch bei unveränderter Sachlage, also lediglich auf juristische Neuwürdigung des alten Materials hin zulässig sein soll, darüber spricht sich das RG. nicht aus; von meinem Standpunkte aus wäre die Frage natürlich zu verneinen (sowie ich umgekehrt die Zulässigkeit des neuen Verfahrens bejahen würde, wenn die Nova nicht sowohl den Verbrechenscharakter der Tat ergeben hätten, sondern den Fall derart beleuchteten, daß von Bagatellmäßigkeit nicht die Rede sein könnte).

Geh. Rat Prof. Dr. Ernst v. Beling, München.

Zu 41. Für die Behandlung von Anträgen wie den vorl. ist eine völlig befriedigende Formel in der Rspr. bisher noch nicht gefunden (vgl. meinen Beweisantrag im Strafprozeß, 1930, 289 ff.). Oft genug leistet die Veranstaltung einer „Probe“ mit dem Zeugen, wie sie hier beantragt war, mehr für die Wahrheitsermittlung als langatmige Diskussionen. Denn wenn der Zeuge das vormachen soll, was er erlebt haben will, stellt sich nicht selten die Unmöglichkeit der von ihm berichteten Vorgänge heraus. Andererseits kann ein Recht der Prozeßbeteiligten auf Vornahme derartiger Experimente schon aus praktischen Gründen nicht anerkannt werden. Mit der terminologisch anfechtbaren (s. meinen Beweisantrag a. a. O. S. 41) Klassifizierung des Antrags als Beweisermittlungsantrag (so RGSt. 40, 48) ist sachlich jedenfalls nichts gewonnen: denn auch wenn man den Antrag — was mir richtiger erscheint (a. a. O. S. 43, 291; Mannheim: JW. 1927, 2707) und wohl auch im Sinne der

hilfsweise beantragt, „der Zeugin Erika M. aufzugeben, dem Gericht ausführlich zu schildern und zu zeigen, wie der Angekl. sie aufs Bett gezogen, und wie sie danach auf ihm, dem Angekl., gelegen habe, weil sich dadurch ergeben werde, daß die Angaben der Erika M., besonders über die unsittlichen Berührungen durch ihren Vater, nicht der Wahrheit entsprächen". Es handelte sich hiernach, wovon die StrK. zutreffend ausgegangen ist, um einen Antrag auf Einnahme des richterlichen Augenscheins an Gerichtsstelle, zu welchem besondere Vorrichtungen (Herrichtung einer Lagerstatt und Zuziehung einer Hilfsperson) erforderlich waren. Es mag dahinstehen, ob dieser Antrag nicht schon deshalb als unzulässig hätte zurückgewiesen werden können, weil der Zeugin die körperliche Darstellung eines Vorganges, der die Vornahme unzüchtiger Handlungen zum Gegenstande hatte, nicht zuzumuten war. Jedenfalls hatte gegenüber einem derartigen Antrage, wenn er überhaupt zulässig war, das durch keine gesetzliche Vorschrift gebundene richterliche Ermessen Platz zu greifen; die StrK. hatte lediglich im Rahmen der ihr allgemein obliegenden Aufklärungspflicht (§§ 155 Abs. 2, 245 Abs. 3 StPO.) zu prüfen, ob die beantragte Beweiserhebung eine beachtliche Klärung des Sachverhaltes erwarten ließe. Von diesen zutreffenden Gesichtspunkten ist die StrK. auch bei der Prüfung des Beweisantrages ausgegangen; sie ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beweiserhebung zur Aufklärung des Sachverhalts nicht erforderlich sei. Es wird in dem Urt. zunächst dargelegt, daß die StrK. die „unzüchtigen Handlungen" des Angekl. lediglich darin erblickt habe, daß er einmal dem Kinde durch die Turnhose an den Geschlechtsteil gegriffen, und daß er zum anderen an das Kind das auf das „Lecken" bezügliche unsittliche Ansinnen gestellt habe. Es wird dazu erwogen, daß dieses strafbare Tun des Angekl. durch die beantragte Beweiserhebung nicht widerlegt werden könne. Die StrK. führt aus, das auf das „Lecken" bezügliche Ansinnen sei erst gestellt worden, nachdem der Angekl. im Bett von dem Kinde abgelassen, das Kind bereits auf dem Bettrande gesessen und der Angekl. vor ihm gekauert habe, so daß in dieser Hinsicht der beantragte Augenschein keinesfalls etwas zugunsten des Angekl. erbringen könne. Die Feststellung aber bezüglich des Griffes des Angekl. an den Geschlechtsteil des Kindes sei ersichtlich nicht abhängig von einer genauen Erforschung aller Einzelheiten der Frage, wie der Angekl. das Kind auf das Bett gezogen und wie es danach auf ihm gelegen habe. Denn möge nun das Kind quer oder der Länge nach oder zunächst quer und sodann der Länge nach in dieser oder jener Stellung auf dem Angekl. gelegen haben, in jedem Falle stehe fest, daß beide Körper sich von dem Augenblick an, in welchem der Angekl. das Kind gepackt und an sich und sodann auf sich gezogen habe, in so enger Berührung befanden, daß währenddem unter allen Umständen zum mindesten eine Phase denkbar sei und nicht ausgeschlossen werden könne, in der ein Griff durch die Turnhose an den Geschlechtsteil des Kindes möglich gewesen sei.

Damit hat die StrK. zum Ausdruck gebracht, daß sie sich über die Möglichkeit der letztgenannten Tatsache auch ohne richterlichen Augenschein ein eigenes Urt. bilden könne, und daß danach der Augenschein zur Widerlegung dieser Tatsache keinesfalls geeignet sei; es hat danach also die Einnahme des richterlichen Augenscheines insoweit zur Klärung des Sachverhalts nicht für erforderlich gehalten. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die StrK. hat aber weiterhin den Antrag auch nach der Richtung untersucht, daß er etwa darauf abziele, die allgemeine Zuverlässigkeit der Bekundungen des Kindes zu erschüttern. In dieser Hinsicht ist als wahr unterstellt worden, daß die begehrte Augenscheinseinnahme Bedenken gegen diese oder jene Darstellung des Kindes über die einzelnen Phasen des fraglichen Vorgangs ergeben würde. Die StrK. hat daran unter Hinweis auf die besondere Natur dieses Vorganges die Erwägung geknüpft, daß dadurch die Glaubwürdigkeit des Kindes allgemein nicht in Zweifel gezogen werden könne, jedenfalls nicht in den entscheidenden Punkten seiner Aussage, deren Feststellung sich unabhängig von dem Grade der allgemeinen Zuverlässigkeit seiner Bekundungen auf unterstützende, anderweitige einwandfreie Beweistatsachen gründe.

Auch diese Begründung ist rechtlich bedenkenfrei. Durch die Wahrunterstellung hat der BeschwF. das erreicht, was durch die Beweiserhebung erreicht werden sollte, nämlich die Unzuverlässigkeit der Bekundungen des Kindes bei der Schilderung des in Rede stehenden Vorganges. Gleichwohl hat die StrK. die Bekundungen des Kindes über den Griff des Angekl. an seinen Geschlechtsteil — den sie, wie dargelegt, auf Grund eigener Beurteilung der Sachlage in jedem Falle für möglich erachtet hat — sowie über das auf das „Lecken" bezügliche Ansinnen des Angekl. für glaubwürdig erachtet. Damit hat sich die StrK. nicht etwa mit der Wahrunterstellung in Widerspruch gesetzt; sie hat vielmehr im Rahmen der ihr zustehenden freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO.) in zulässiger Weise aus der als wahr unterstellten Tatsache andere tatsächliche Folgerungen gezogen als der BeschwF.

Die Ablehnung des Beweisantrages enthält deshalb weder eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung noch Verstöße gegen sonstige Verfahrensvorschriften.

(2. Sen. v. 4. Juni 1931; 2 D 384/31.) [A.]

42. §§ 155, 244, 337, 338 Nr. 8 StPO.

1. Stehen einander zwei Gruppen von Zeugen gegenüber, von denen jede an sich glaubwürdig ist und deren Aussagen einander widersprechen, so muß das Gericht jedes Beweismittel ausnützen, das zur Klärung beitragen kann.

2. Bei der Ermittlung des Sinnes des Beweisantrages kann das RevG. den Akteninhalt mitberücksichtigen.

3. Die Revisionsrüge unzulässiger Beschränkung der Verteidigung (§ 338 Nr. 8 StPO.) steht nur dem Angekl., nicht dem Nebenkl. zu.†)

Die Rüge der Rev., der Beweisantrag des Neben-

---

vorliegenden Entsch. liegt — als echten Beweisantrag gelten läßt, erhebt sich erst die weitere Frage, ob den Parteien ein — durch das Verbot der Beweisantezipation geschütztes — Recht auf die Vornahme solcher Experimente zuzugestehen ist. Sie ist mit der vorliegenden Entsch. zu verneinen; indem das RG. aber auf die richterliche Wahrheitsermittlungspflicht (§§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 3 StPO.) als den anzuwendenden Beurteilungsmaßstab verweist, gibt es zu erkennen, daß es sich in diesem Rahmen auch die Nachprüfung der Beweisablehnung vorbehält. Die Grundsätze der neueren Entsch., die die Revisionsmöglichkeiten auf Grund des § 155 Abs. 2 StPO. erweitern (s. RG.: JW. 1928, 1506 [1]; 1931, 2030 [19]) kommen auch dieser Gruppe von Beweisanträgen zugute.

Bemerkenswert ist, daß die Entsch. Zweifel an der Zulässigkeit des Antrages äußert. Der Hinweis des RG., daß sich die körperliche Darstellung der unzüchtigen Handlung durch die von ihr betroffene Zeugin mit Rücksicht auf die Gefühle der Zeugin verbieten könne, zeigt, daß berechtigte — und gar nicht einmal besonders geschützte — private Belange auch die Ermittlungstätigkeit des Gerichts einschränken können. Diese Grenzen der Wahrheitsermittlungspflicht, die vereinzelt sogar in gesetzlichen Beweisverboten (§ 252 StPO.) festgelegt sind, werden bisweilen verkannt. Im konkreten Fall scheint mir dieses Bedenken, auf das auch das RG. nicht näher eingeht, nicht begründet zu sein. Da von der Zeugin auf Grund ihrer Zeugnispflicht eine genaue Schilderung des Vorgangs verlangt werden kann, so dürfte auch die mit der plastischen Darstellung des Vorgangs verbundene Erhöhung der Peinlichkeit nicht so schwer wiegen, daß sie die der Zeugin zugedachte Aufgabe als unzumutbar erscheinen läßt.

Im gegebenen Falle war die Ablehnung des Antrags aus den von der Vorinstanz angegebenen Gründen gerechtfertigt. Auch daß die StrK. einen etwaigen Irrtum der Zeugin bei der Schilderung der Details für begreiflich hielt und daraus keine allgemeine Unglaubwürdigkeit der Zeugin folgern zu sollen glaubte, ist in dem besonderen Fall nicht zu beanstanden. Daraus ergibt sich, daß der Antrag, auch soweit er die Erschütterung der Glaubwürdigkeit der Zeugin bezweckte, durch Wahrunterstellung erledigt werden konnte.

RA. Prof. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 42. Diese Entsch. ist interessant und aufschlußreich. Vor allem für Verteidiger ist die Kenntnis dieser Entsch. von großer Bedeutung, da hier das RG. erfreulicherweise einen dem Angekl. grundsätzlich günstigen Standpunkt einnimmt:

Obwohl die Rev. offenbar nur auf den § 338 Nr. 8 StPO. abhebt (der als solcher selbstverständlich nicht Anwendung finden

klägers auf Vernehmung des Zeugen H. sei zu Unrecht abgelehnt worden, findet in § 338 Nr. 8 StPO. keine gesetzliche Grundlage, da diese Vorschrift nur zugunsten der Verteidigung, also des Angekl., nicht aber des Nebenklägers, der insoweit der StA. gleichsteht, getroffen ist. Diese Rüge enthielt aber die Rüge eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 2 StPO. und diese Rüge ist begründet.

Der Beweisantrag, den Zeugen H. zu vernehmen, läßt die Angabe des Beweissatzes vermissen. Schon hierin liegt ein bedenklicher Mangel, da das Gericht unterlassen hat, entsprechend seiner aus § 155 Abs. 2 StPO. folgenden Pflicht für eine gehörige Formulierung des Beweisantrags zu sorgen. Es muß zugunsten des BeschwF. mindestens unterstellt werden, was die Rev. behauptet, nämlich daß der Zeuge H. auf Grund der von ihm unmittelbar nach dem Unfall mit Hilfe einer Taschenlampe gemachten Wahrnehmungen bekunden sollte, der fragliche Kessel könne nicht etwa durch den Anprall verschoben worden sein, müsse also schon im Zeitpunkt des Unfalls einige Meter vom Straßenrand — soll wohl heißen: von der den Fußweg begrenzenden Baumreihe — gestanden haben. Diese Fassung des Beweissatzes ist allerdings unzulänglich. Man muß sie aber, da nun einmal der Mangel der Wiedergabe des Beweissatzes in der Niederschrift vorhanden ist, zugunsten des BeschwF. auslegen und kann hierbei, da es sich um einen Verfahrensverstoß handelt, auch den Akteninhalt berücksichtigen. Danach ragte nach der eigenen Angabe des Angekl. und verschiedener Zeugen der fragliche Kessel jedenfalls weiter in die Straße hinein als der mehrere Meter vor ihm (von der Fahrtrichtung des BeschwF. aus gerechnet) stehende beleuchtete Spritzenwagen. Kann auch nur dies sicher nachgewiesen werden, dann ist die Möglichkeit einer Schuld des Angekl. gegeben; er mußte das Licht so anbringen, daß es die äußerste Hindernislinie bezeichnete; ragte der Kesselwagen weiter in die Straße hinein als der Spritzenwagen, der mehrere Meter vor ihm stand, dann genügte es nicht, wenn der Angekl. nur an letzterem eine schwach leuchtende Petroleumlampe anbrachte. Zur Klärung dieser Frage konnten die Bekundungen des Zeugen H. darüber, welche Wahrnehmungen er bezüglich der Stellung des Kesselwagens unmittelbar nach dem Unfall und bezüglich des Fehlens von Verschiebungsspuren gemacht hat, sehr wohl erheblich sein. Das BG. hat denn auch die Ablehnung des Beweisantrags nicht mit Unerheblichkeit, sondern damit begründet, daß der Sachverhalt genügend geklärt sei. Diese Begründung enthält aber nicht nur eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung, sondern steht auch im Widerspruch mit den Urteilsgründen, aus denen sich gerade ergibt, daß das Gericht im Hinblick auf die sich widersprechenden Zeugenaussagen die Sache nicht für genügend geklärt erachtete und deshalb keine Feststellungen zuungunsten des Angekl. getroffen hat. Gerade wenn zwei Gruppen von Zeugen einander gegenüberstehen, von denen jede an sich glaubwürdig ist und deren Aussagen einander widersprechen, muß das Gericht jedes Beweismittel ausnützen, das zur Klärung beitragen kann. Ob sich die Aussagen der beiden Gruppen von Zeugen in unlösbarem Widerspruch auch dann noch gegenüberstehen werden, wenn der benannte Zeuge vernommen wird, kann das Gericht — von dem Fall einer von vornherein feststehenden, aus ganz besonderen Umständen herzuleitenden, völligen Unglaubwürdigkeit des Zeugen abgesehen — erst auf Grund der Vernehmung des Zeugen beurteilen. Es liegt sonach ein Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO. vor und es kann das angefochtene Urt. darauf beruhen.

(1. Sen. v. 10. Febr. 1931; 1 D 1154/30.) [A.]

43. §§ 241, 242 StPO.

1. Hat der Zeuge die Frage, ob er vorbestraft sei, verneint, so braucht das Gericht dem nicht näher begründeten Antrag, eine amtliche Auskunft über das Vorliegen von Vorstrafen einzuholen, nicht stattzugeben.

2. Eine an einen Zeugen gerichtete Frage darf nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil sie unerheblich ist. Die ungenügend begründete Zurückweisung einer Frage führt nur dann zur Aufhebung des Urteils, wenn es auf dem Verstoß beruht.†)

Die Rev. rügt die Ablehnung des von der Verteidigung gestellten Antrags, „die Vorstrafen des Zeugen Alexander R. festzustellen". Wie sich aus der Begründung des den Antrag ablehnenden Beschlusses (und sodann aus den Gründen des angefochtenen Urt.) ergibt, war vorher der genannte Zeuge selbst darüber befragt worden, ob er Vorstrafen habe, und er hat diese Frage verneint. Der Antrag der Verteidigung war also ersichtlich so zu verstehen, daß eine amtliche Auskunft über die Vorstrafen R.s eingeholt werden sollte, ohne daß

---

kann, wenn ein Beweisantrag des Nebenkl., nicht des Angekl., abgelehnt wurde), geht das RG. so weit, in der Rüge aus § 338 Nr. 8 StPO. gleichzeitig die Rüge eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 2 StPO. zu erblicken, also eine nicht ausdrücklich vorgebrachte Verfahrensrüge nur dem Sinne nach aus einer anderen Verfahrensrüge herauszulesen. Es ist zu begrüßen, daß das RG. sich hier so großzügig zugunsten des Angekl. verhält.

Sehr instruktiv ist die Art, wie das RG. auf die in § 155 Abs. 2 StPO. normierte Pflicht des Strafrichters hinweist, zur Untersuchung und Entsch. der nach Täter und Tat genau umgrenzten (Abs. 1) Strafsache eine vollkommen selbständige (d. h. von Anklagebehörde und Verteidigung unabhängige) Tätigkeit zu entwickeln. Dieser Verpflichtung des Strafgerichts und der in ihren Bereich fallenden Aufgaben sind sich die Prozeßbeteiligten im praktischen Rechtsleben oft viel zu wenig bewußt. Man begegnet immer wieder der irrigen Auffassung, daß es der Angekl. sich selbst zuzuschreiben habe, wenn seinem Beweisantrage wegen unzulänglicher Formulierung nicht stattgegeben wird, während es in Wirklichkeit eine „Verpflichtung" der Strafgerichte ist, solchen Unzulänglichkeiten von sich aus abzuhelfen und also nicht — wie im Zivilprozeß — derartige Fehler der Rechtsverteidigung mit Prozeßnachteilen zu bestrafen.

Als Verteidiger trifft man auch immer wieder darauf, daß Strafgerichte Beweisanträge mit der Begründung ablehnen, der Sachverhalt sei „genügend geklärt", während sich in Wirklichkeit beeidigte Zeugenaussagen in unlösbarem Widerspruch gegenüberstehen. Solche Zurückweisungen sind — wie das RG. hervorhebt — nichts anderes als eine „unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung"; sie beruhen auf der Annahme des Gerichtes, daß der vom Verteidiger benannte Zeuge den bestehenden Widerspruch nicht werde lösen können. Schon in meinen früheren Anmerkungen zu einzelnen Entsch. habe ich darauf hingewiesen, daß solche Beweisablehnungen gegen die Prozeßordnung verstoßen. Erfahrungsgemäß bringen Zeugenvernehmungen oft die größten Überraschungen. Das Gericht muß bis zuletzt mit der Möglichkeit weiterer Aufklärung rechnen und jede derartige Möglichkeit ausschöpfen. Dies um so mehr, wenn Zeugeneid gegen Zeugeneid steht, wenn also ein Teil der Beweiserhebungen zum mindesten objektiv unrichtig ist.

Die Gerichte neigen im Alltag der Rechtspflege aus zwei Gründen zu Beweisablehnungen: einmal, weil sie wegen Arbeitsüberlastung mit dem Fall „fertig werden möchten", dann aber auch, weil es im Wesen der menschlichen Natur liegt, sich von einem gewissen Zeitpunkt ab ein Urteil über den Fall zu bilden, das um so unverrückbarer sein wird, je stärker die Persönlichkeit des Richters ist. Hat sich der Strafrichter vor Schluß der Beweisaufnahme ein solches Vorurteil einmal gebildet, so erscheint ihm — mag er sich das auch bewußt keineswegs zugeben — jede weitere Zeugenvernehmung, ähnlich wie die Anhörung der Plädoyers, als unnötiger Zeitverlust. Das RG. bekämpft aber mit Recht diese Neigung der Tatsachenrichter und hebt immer wieder von Zeit zu Zeit mit erfreulichem Nachdruck hervor, daß das Gericht sich sein Urteil erst „auf Grund der Vernehmung der Zeugen", d. h. (zeitlich gesehen) erst nach Schluß der Beweisaufnahme, bilden darf. In diesem Sinne ist gerade bei widersprechenden Zeugenaussagen der Sachverhalt niemals derart „genügend geklärt", daß nicht ein weiterer Zeuge noch unvorhersehbar zur Klärung beitragen könnte.

Wichtig ist endlich der nirgends im Gesetz, nur in der Judikatur stehende Lehrsatz, daß das RevG. dann, wenn es sich um einen Verfahrensverstoß handelt, neben dem angefochtenen Urteil und neben dem Protokoll auch den sonstigen Akteninhalt berücksichtigen kann.

RA. Dr. G. v. Scanzoni, München.

Zu 43. Müßte das Gericht auf Antrag über die Vorstrafen eines jeden Zeugen eine amtliche Auskunft der Strafregisterbehörde einholen, so wäre die rasche Durchführung der Hauptverhandlung außerordentlich gefährdet. Ob eine Vorstrafe für die Bewertung der Aussage des Zeugen belangvoll ist, läßt sich erst beurteilen, wenn man Näheres über die Art der Vorstrafen weiß. Vermag der Angekl. hierüber keine konkreten Behauptungen auf-

der Verteidiger, wie der Ablehnungsbeschluß hervorhebt, Tatsachen dafür vorgebracht hätte, die die Unglaubwürdigkeit des genannten Zeugen hinsichtlich der Angaben über seine Vorstrafen dartun könnten. Danach handelt es sich nur um einen Beweisermittlungsantrag, d. h. es sollte — etwa durch die Einholung eines Strafregisterauszugs — erst dargetan werden, ob danach Umstände vorlägen, deren Bestehen möglicherweise zugunsten des Angekl. spräche. Einem solchen Antrag brauchte das SchwG. nicht stattzugeben.

Anders ist der ebenfalls von der Verteidigung gestellte Antrag zu beurteilen, an den in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen August F. die Frage zu richten, ob und warum er den Angekl. nach dessen Rückkehr aus der Untersuchungshaft im Hause Feldstraße 33 geschlagen habe. Der Antrag wurde durch Gerichtsbeschluß abgelehnt. Für diese Ablehnung kommt nicht § 244 Abs. 2 StPO. in Frage, sondern § 242 mit § 241 Abs. 2. Das Gericht begründete seinen Ablehnungsbeschluß damit, daß „die Tatsache", die bewiesen werden sollte (nämlich die Mißhandlung selbst und der Grund, weshalb der Zeuge den Angekl. geschlagen hatte), „für die Entsch. bedeutungslos sei". Sollte damit gesagt sein, daß jene Frage nach dem Grunde der Mißhandlung für unerheblich angesehen werde, so war die Zurückweisung unzulässig. Die Frage konnte auch nicht als nicht zur Sache gehörend zurückgewiesen werden, da es sich darum handelte, in die vom Angekl. aufgeworfene Frage Klarheit zu bringen, ob der Angekl. den Zusammenstoß mit Friedrich F. selbst herbeigeführt habe oder ob es, wie der Angekl. behauptet, auf Grund einer von den Mitbewohnern des Hauses gegen ihn getroffenen Verabredung zu der Tätlichkeit gekommen sei und der Angekl. hierbei in Notwehr gehandelt habe. Es bliebe also nur übrig, daß der Ablehnungsbeschluß hätte sagen wollen, die von der Verteidigung angeregte Frage wäre „ungeeignet" gewesen. Das konnte sie etwa dann sein, wenn sie sich bloß mit der Person des Zeugen befaßt hätte und anzunehmen war, sie sei gestellt, um den Zeugen bloßzustellen, insbes. ihn zu einer Aussage (über die von ihm begangene strafbare Handlung) zu drängen, die ihm späterhin Ungelegenheiten bringen sollte. Dafür aber, daß das SchwG. dies im Auge gehabt hätte, gibt die Begründung des Beschlusses keinen sicheren Anhalt, und so ist wegen der mangelnden Schärfe des Ausdrucks nicht ersichtlich, worauf das Gericht in Wirklichkeit die Ablehnung der Frage gründen wollte. Unter diesen Umständen muß in der Tat das Vorliegen eines Verfahrensmangels angenommen werden.

Das angefochtene Urt. ergibt jedoch hierzu weiter folgendes. Daß der Angekl. von August F. geschlagen worden ist, war anscheinend überhaupt nicht bestritten; es wird auch im angefochtenen Urt. als eine Tatsache besprochen. Dabei hat das SchwG. auch ersichtlich angenommen, daß an dem Angekl. eine unzulässige Mißhandlung verübt worden ist. Der Grund für die Mißhandlung lag nach den Urteilsdarlegungen nahe: einerseits war es der Umstand, daß der Angekl. und seine Frau seit langem im Hause sehr unbeliebt waren, andererseits der Zorn über die vom Angekl. begangene Bluttat und darüber, daß der Angekl. gleichwohl ins Haus zurückkehren sollte. Es wäre also höchstens die Möglichkeit geblieben, daß F. bei einer Auskunft über den Grund der an dem Angekl. begangenen Mißhandlung angegeben hätte, das sei geschehen auf Grund einer Verabredung, die — wie der Angekl. zu seiner Verteidigung behauptet — schon vor seiner Tat von den anderen Bewohnern des Hauses dahin getroffen worden war, den Angekl. zu überfallen und zu mißhandeln. Hierüber aber sind die Zeugen, wie die eingehenden Darlegungen des Urt. ersehen lassen, ohnehin befragt worden, und, wie angenommen werden muß, gerade auch F. als der Hausverwalter; auch ist das Gericht bei seinem Urt. selbst davon ausgegangen, daß gegen den Angekl. und seine Frau im ganzen Hause eine schwere Mißstimmung bestand, und es hat nur eben nicht für erwiesen erachtet, daß gerade der Zusammenstoß mit Friedrich F. von der anderen Seite hervorgerufen worden wäre. Im übrigen konnte August F. auf die Fragen, ob und weshalb er den Angekl. mißhandelt habe, nach § 55 StPO. die Auskunft verweigern. Aus allen diesen Gründen ist es ausgeschlossen, daß das Urt. auf jenem Verfahrensmangel beruht.

(1. Sen. v. 6. Febr. 1931; 1 D 29/31.) [A.]

44. § 244 StPO.; §§ 246, 350 StGB.

1. Wird ein Beweisantrag wegen Unerheblichkeit abgelehnt, so muß die Begründung erkennen lassen, ob Unerheblichkeit aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen angenommen wird, und im letzteren Fall müssen die Tatsachen, die die Unerheblichkeit ergeben sollen, angeführt werden.

2. Durch Vermischung fremden Geldes mit eigenem kann Unterschlagung nur begangen werden, wenn der Täter den Willen hat, sich hierdurch die fremden Gelder zuzueignen.†)

Es war die Ladung von vier Zeugen beantragt worden, welche bekunden sollten, daß sie die Polizeistrafen nicht an den

---

zustellen, so muß er es sich gefallen lassen, daß man seinen Antrag als Beweisermittlungsantrag behandelt.

Den weiteren Ausführungen des Urteils ist insoweit vorbehaltlos beizupflichten, als sie sich gegen die Stellungnahme des Gerichts zu der von dem Verteidiger gewünschten Frage wenden. Die Ablehnung des Antrages, einem Zeugen eine bestimmte Frage vorzulegen, ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Frage, direkt gestellt, als nicht zur Sache gehörig oder ungeeignet hätte zurückgewiesen werden können (s. meinen Beweisantrag im Strafprozeß S. 22 und meine Anm. zu dem Urteil des 1. Sen. vom 3. Febr. 1931, 1 D 1235/30: JW. 1931, 950). Daß die bloße Unerheblichkeit der Frage keinen Grund zur Zurückweisung gibt, entspricht der ständigen Rspr. (s. Löwe-Rosenberg, Anm. 5 zu § 241 StPO.). Wenn dann aber der als vorliegend anerkannte Verfahrensfehler in concreto für unschädlich erklärt wird, so hat man, obwohl die Wiedergabe der Gründe des angefochtenen Urteils in den reichsgerichtlichen Entscheidungsgründen kein genaues Bild des Sachverhalts vermittelt, das Gefühl, daß das RG. hier mit zuviel unbekannten Größen rechnet. Daß der Zeuge über die Fragen, deren Vorlegung der Verteidiger wünschte, schon vom Vorsitzenden vernommen war, wurde durch die Gründe des angefochtenen Urteils, wie der unbestimmten Ausdrucksweise des Revisionsurteils zu entnehmen ist, jedenfalls nicht ausdrücklich bezeugt und wäre auch nicht unbedingt entscheidend, da gerade die nochmalige Berührung desselben Themas bei der Vernehmung dadurch, daß der Frage eine neue Formulierung gegeben wird, oft ganz veränderte Wirkungen zeitigt. Die Tatsache, daß eine Frage bereits einmal gestellt war, kann zu ihrer Zurückweisung führen, muß es aber nicht (vgl. RGSt. 18, 367; 44, 41; meine Ausführungen GoltdArch. 63, 104, 105). Hier war die Zurückweisung vom BG. gar nicht mit dieser Erwägung begründet worden. Wie der Zeuge die Frage beantwortet, zu welchen neuen Fragen die Antwort Veranlassung gegeben haben würde, welche weiteren Zusammenhänge dadurch aufgedeckt, welche Anträge gestellt wären, kann in der Regel nachträglich nicht sicher festgestellt werden. Wenn das RG. dann weiter, um die Unschädlichkeit des Verfahrensmangels zu erweisen, Gewicht darauf legt, daß der Zeuge nach § 55 StPO. zur Verweigerung der Auskunft berechtigt gewesen wäre, obwohl doch nicht gesagt ist, daß der Zeuge von diesem Recht Gebrauch gemacht hätte und obwohl das Gericht auf Grund der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO.) aus einer solchen Aussageverweigerung die entsprechenden Schlüsse hätte ziehen können, so zeigt gerade die Schwäche dieses Arguments das Gequälte der ganzen Begründung.

RA. Prof. Dr. Max Alsberg, Berlin.

Zu 44. Das Urteil entspricht in seinem prozessualen Gehalte der ständigen Rspr. des RG. Wie gerechtfertigt die Anforderungen sind, die das RG. an die Begründung eines Beschlusses stellt, durch den ein Beweisantrag als unerheblich abgelehnt wird, zeigt der nicht abgedruckte Teil der Entsch. Anscheinend waren die unter Beweis gestellten Tatsachen keineswegs unerheblich. Allein durch ein strenges Festhalten an dem Begründungszwange können die Gerichte genötigt werden, sich selbst und den Prozeßparteien völlige Klarheit über die ihren Entsch. zugrunde liegenden Gedankengänge zu verschaffen.

Auch in materiellrechtlicher Hinsicht ist dem Urteil zuzustimmen. Daß der Angekl. tatsächlich mehr als den ihm nach der Vermischung zustehenden Anteil an dem Gelde für sich verbraucht hat, ist anscheinend nicht festgestellt worden. Vielmehr erblickt die StrK. die Amtsunterschlagung lediglich in der Vermischung selbst. Daß bei einer derartigen Konstruktion der subjektive Tatbestand besonders sorgfältig geprüft und in den Urteilsgründen festgestellt werden muß, ist selbstverständlich. Andeutungen, wie das RG. sie erwähnt, können nicht genügen.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Angekl. gezahlt hätten. Dieser Antrag wurde durch Beschluß in der Hauptverhandlung abgelehnt, „weil das, was die Zeugen bekunden sollen, für die vom Gericht zu treffende Entscheidung unerheblich ist“. Diese Begründung wird mit Recht von der Rev. beanstandet. Allerdings kann ein Beweisantrag auch dann abgelehnt werden, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache — gleichviel ob sie bewiesen wird oder nicht — nach der Ansicht des Tatrichters für das Ergebnis der Beweiswürdigung ohne Bedeutung ist (RGSt. 29, 368). Aber nach der ständigen Rspr. des RG. (zu vgl. RGSt. 1, 289; RG. Rspr. 1, 332; Urt. v. 6. Febr. 1923, 1 D 557/22; v. 7. Febr. 1924, 2 D 36/24; v. 31. März 1924, 3 D 1006/23) genügt es in einem solchen Falle nicht, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache einfach als „unerheblich“ bezeichnet wird, vielmehr muß die Begründung für die Ablehnung erkennen lassen, ob Unerheblichkeit aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen angenommen wird, und müssen in letzterem Falle die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich die Unerheblichkeit der Beweisbehauptung ergeben soll. Eine derartige Begründung fehlt hier. Die Unerheblichkeit der Beweistatsache läßt sich auch nicht ohne weiteres aus den Ausführungen des angefochtenen Urteils entnehmen. (Wird ausgeführt.) Tatsächlich konnte auch die unter Beweis gestellte Tatsache mindestens für den Umfang der dem Angekl. zur Last gelegten Unterschlagungen eine gewisse Rolle spielen. Das Beruhen des Urteils auf diesem Verstoße läßt sich also nicht verneinen.

Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf die allgemeine sachliche Beschwerde hat aber weitere Mängel hinsichtlich der Begründung der Unterschlagung aufgedeckt. Es wird festgestellt, daß in der vom Angekl. geführten Gemeindekasse sich ein erheblicher Fehlbetrag ergeben hat, daß dieser Fehlbetrag nicht nur auf Mängel der Buch- und Kassenführung zurückgeführt werden könne und daß der Angekl. eine Trennung zwischen amtlichen und privatem Geld nicht durchgeführt habe. Abschließend wird dann das Verhalten des Angekl. dahin gewürdigt, daß er durch die nicht durchgeführte Trennung der amtlichen Gelder von seinen privaten Geldern sich auch Teile der ersteren, und zwar in Höhe von mindestens 4000 RM rechtswidrig zugeeignet hat. Hiernach stellt nach Auffassung des BG. die Vermischung der Gemeindegelder mit den eigenen den Zueignungsakt dar. Diese Auffassung unterliegt in ihrer Allgemeinheit rechtlichen Bedenken. Allerdings kann auch in einer solchen Vermischung fremden Geldes mit eigenem die Betätigung der Aneignung gefunden werden, aber doch nur dann, wenn der Täter schon bei der Vornahme der Vermischung nicht nur das Bewußtsein hat, daß er durch sie in aneignender Weise in die Rechte des Eigentümers der Gelder eingreift, sondern weiter auch den Willen hat, gerade durch die Vermischung sich die fremden Gelder zuzueignen. Auch bei einem Beamten ist eine solche Feststellung nach der inneren Tatseite nicht zu entbehren, selbst wenn ihm die gesonderte Aufbewahrung amtlich zur Pflicht gemacht ist (RGSt. 26, 437/39). An einer derartigen zweifelsfreien Feststellung hat das BG. es hier fehlen lassen. Es führt in seinen Gründen zwar eine Reihe von Umständen an, welche an sich den Verdacht begründen könnten, daß der Wille des Angekl. von Anfang an dahin gegangen sei, aus dem durch Vermischung entstandenen, nach §§ 948, 997 BGB. im Miteigentum der Gemeinde und des Angekl. stehenden Geldbestande auch über seinen Anteil hinaus Gelder für eigene Zwecke zu verwenden, unterläßt es aber, aus diesen Verdachtsgründen eine klare Feststellung nach oben hervorgehobener Richtung herzuleiten.

(2. Sen. v. 8. Dez. 1930; 2 D 1548/29.) [A.]

45. §§ 244, 273, 274 StPO. **Ausschließliche Beweiskraft für den Beweissatz eines in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrages hat das Sitzungsprotokoll nur, wenn es nicht lückenhaft ist.†)**

Mit Schriftsatz v. 12. März 1930 hatte der Verteidiger des Angekl. die Ladung der Zeugen H. und F. dafür beantragt, daß 1926 das Geschäft des Angekl. so groß war, daß er unbedingt einen Teilhaber brauchte und er das Geschäft nicht mehr allein weiterführen konnte. Die Ladung der Zeugen ist nicht angeordnet worden. Im Hauptverhandlungstermin am 23. April 1930 hat der Verteidiger des Angekl. ausweislich der Niederschrift folgenden Antrag gestellt: „Freisprechung des Angekl., eventuell Vertagung und Ladung der Zeugen H. und F., die über den Umfang des Geschäfts Auskunft geben könnten“. Auf welche Zeit sich die Aussagen der beiden Zeugen beziehen sollten, ist aus der Fassung der Niederschrift nicht ersichtlich. Nach den Gründen des angefochtenen Urteils waren die beiden Zeugen für den Geschäftsumfang des Angekl. nach dem Ausscheiden des Zeugen B. — 4. März 1927 — benannt worden, nicht aber für den Geschäftsumfang i. J. 1926.

Das Gericht hat dann in den Gründen des Urteils die Vernehmung dieser Zeugen nicht für erforderlich bezeichnet, da die in das Wissen dieser Zeugen gestellten Behauptungen keinen Schluß auf den Geschäftsumfang i. J. 1926 vor Geschäftseintritt des Zeugen B. zulassen.

Demgegenüber rügt die Rev., daß die Urteilsgründe den Beweisantrag, ebenso wie die Niederschrift, nicht richtig wiedergaben, da die Zeugen über den Umfang des Geschäfts für das Jahr 1926, also für die Zeit vor dem Ausscheiden des Zeugen B., benannt seien.

Allerdings könnte dem Angekl. nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Hauptverhandlungsniederschrift seinen gestellten Beweisantrag nur lückenhaft wiedergäbe, und würde insoweit eine Verfahrensbeschwerde begründen. Die Behauptungen, auf welche die Rüge gegründet wird, sind in solchen Fällen, soweit die Niederschrift keinen Aufschluß gibt, von dem RevG. auf Grund freier Beweiswürdigung nachzuprüfen (RGSt. 63, 408 ff.; RG. v. 10. März 1930, 3 D 95/30; v. 19. Juni 1930, 3 D 106/30; v. 27. Okt. 1930, 3 D 394/30).

Im vorliegenden Falle enthält nun schon das angefochtene Urteil über Richtung und Inhalt des in Frage stehenden Beweisantrags ausreichende Angaben. Da diese aber von der Rev. ebenfalls in Zweifel gezogen sind, war die Heranziehung weiterer Erkenntnisquellen geboten. Als solche standen dem RevG. die dienstlichen Äußerungen der beamteten Gerichtspersonen und des Staatsanwalts sowie die Äußerung des Verteidigers des Angekl., der ihn in der Hauptverhandlung vertrat, zur Verfügung. Danach entsinnen sich der Vorsitzende und der Staatsanwalt des Wortlautes des in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrages nicht mehr, während der Berichterstatter und der weitere beisitzende Berufsrichter sowie der als Urkundsbeamter hinzugezogene Referendar mehr oder weniger bestimmt sich dahin äußern, daß die Zeugen für die Zeit nach dem Austritt des Zeugen B. be-

Zu 45. Gegenüber einem ordnungsmäßig geführten Sitzungsprotokoll kann der Angekl. nach § 274 StPO. nicht die RevRüge anbringen, daß sein Beweisantrag anders gelautet habe, als er protokolliert sei; weder seine und seines Verteidigers Behauptungen noch die Gründe des angefochtenen Urteils kommen gegen die ausschließliche Beweiskraft des Sitzungsprotokolls auf, sofern dieses nicht berichtigt wird (s. meinen „Beweisantrag im Strafprozeß“, 1930, S. 325 ff.; vgl. auch RGSt. 31, 163; anders — wie Schlosky: JW. 1930, 2505 mitteilt — die Rspr. des OLG. Breslau, 1. StrSen., hinsichtlich eines durch die Urteilsgründe ausgewiesenen Beweisantrags). Die starre Beweisregel des § 274 StPO. zessiert jedoch, wenn die Beurkundung dem Protokollzwang unterliegender Tatsachen nicht ordnungsmäßig erfolgt ist (s. meinen Beweisantrag S. 327 ff.). Die durch § 273 StPO. vorgeschriebene Protokollierung eines Beweisantrages umfaßt namentlich die Angabe der Beweistatsache und des Beweismittels. Gibt das Protokoll die Beweistatsache nicht oder nicht genau wieder, so fallen die der revisionsrichterlichen Kognition gesetzten Schranken weg. Die Schwierigkeit ist nur die, daß man es dem Protokolltext nicht ansehen kann, ob der Antrag mangelhaft protokolliert oder mangelhaft gestellt ist (Beispiele in meinem Beweisantrag S. 328). Im vorliegenden Fall wies die Begründung der Beweisablehnung in den Urteilsgründen auf die erste Möglichkeit hin, wodurch dem RG. der Weg zur selbständigen Ermittlung des Sinnes des Beweisantrags gebahnt war. Es darf konstatiert werden, daß die revisionsrichterliche Rspr. sich von der sklavischen Bindung an die Sitzungsniederschrift, die den Schöpfern der StPO. als das Ideal vorschwebte, in zunehmendem Maße freizumachen sucht. Daß § 274 StPO. im ganzen ein Mißgriff war, steht längst außer Streit (s. Ditzen, Dreierlei Beweis S. 60 ff.; meine Reformvorschläge mit Begr.: ZStW. 50, 88). Bedauerlicherweise hält der Entw. des EinfG. z. StGB. trotzdem an der unglückseligen Idee einer ausschließlichen Beweiskraft des Sitzungsprotokolls fest (über die Regelung des Protokollrechts im Entwurf vgl. die kritischen Darlegungen von Wex: JW. 1930, 889 ff.).

RA. Prof. Dr. Max Alsberg, Berlin.

nannt waren. Demgegenüber war der Erklärung des Verteidigers, der es nicht für unwahrscheinlich hält, daß er die Zeugen, so wie im Schriftsatz v. 12. März 1930 angegeben, für das Jahr 1926 benannt habe, keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Das RevG. ist daher auf Grund freier Beweiswürdigung zu der Überzeugung gelangt, daß der beregte Beweisantrag so, wie ihn das angefochtene Urteil wiedergibt, gestellt ist. War dem aber so, so ist dieser Beweisantrag im BU. mit zutreffender Begründung abgelehnt.

(4. Sen. v. 20. Dez. 1930; 4 D 166/30.) [A.]

46. §§ 245 Abs. 2, 338 Nr. 8 StPO. Die Vernehmung eines geladenen und erschienenen Zeugen darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß die in das Wissen des Zeugen gestellten Tatsachen als wahr unterstellt würden. Durch die Ablehnung mit dieser Begründung wird die Verteidigung in einem wesentlichen Punkt unzulässig beschränkt.†)

Nach den Feststellungen der Sitzungsniederschrift hat der Verteidiger des Angekl. in der Hauptverhandlung die Ladung der Zeugen D., B. und K. angezeigt, die Ladungsnachweise übergeben und die Vernehmung der Zeugen beantragt. Ob die Zeugen erschienen waren, ist aus der Sitzungsniederschrift nicht zu entnehmen. Da der gleichfalls vom Verteidiger geladene Zeuge F. auf Antrag sofort vernommen werden konnte, muß angenommen werden, daß nicht nur er, sondern auch die genannten drei Zeugen der Ladung Folge geleistet hatten und zur sofortigen Vernehmung zur Verfügung standen. Dies behauptet auch die Rev.

Dann durfte aber die StrK. die von dem Angekl. durch seinen Verteidiger verlangte und beantragte Vernehmung der Zeugen nicht ablehnen. Die Vernehmung ordnungsgemäß geladener und erschienener Zeugen schreibt der § 245 Abs. 1 StPO. ausdrücklich vor. Ausnahmen sind vom Gesetz nur vorgesehen für den Fall, daß die Beweiserhebung zum Zwecke der Prozeßverschleppung beantragt ist oder die Staatsanwaltschaft und der Angekl. mit der Nichtvernehmung einverstanden sind, und von der Rspr. zugelassen für den Fall, daß das, was durch den Zeugen bewiesen werden soll, außer allem Zusammenhang mit dem den Gegenstand der Verhandlung bildenden Straffall steht. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Die Ablehnung der Vernehmung enthält also, wie die Rev. mit Recht rügt, einen Verstoß gegen die genannte Vorschrift (RGSt. 1, 241; 45, 138).

Die StrK. hat nun allerdings die Vernehmung der Zeugen mit der Begründung abgelehnt, daß sie das, was die Zeugen bekunden sollen, soweit es nicht schon erwiesen sei, als wahr unterstelle. Das Urteil läßt auch nicht erkennen, daß die StrK. gegen diese Zusage verstoßen hätte. Gleichwohl muß angenommen werden, daß die Verteidigung durch die Ablehnung der Vernehmung der Zeugen in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkte durch den Beschluß der StrK. unzulässig beschränkt worden ist (§ 338 Nr. 8 StPO.). Denn der Angekl. hatte — anders als im Falle des § 244 StPO. — ein Recht darauf, daß die ganze Wissenschaft der geladenen und erschienenen Zeugen, die sich nicht im voraus bestimmen ließ, erkundet wurde. Durch die — an sich unnötige — Angabe eines bestimmten Beweissatzes durch den Verteidiger wurde das ganze Wissen der Zeugen vom Sachverhalt nicht bezeichnet. Durch die Unterstellung der Wahrheit des Beweissatzes ist demnach den Belangen des Angekl. nicht in vollem Umfange Rechnung getragen (RGSt. 45, 138 [141]; RGSt.: JW. 1917, 50[9]).

Aus diesem Grunde muß das Urteil aufgehoben werden.

(1. Sen. v. 4. Nov. 1930; 1 D 985/30.) [A.]

47. § 249 StPO. Die Verlesung eines früher in derselben Sache ergangenen Urteils bildet insoweit keinen Teil der Beweisaufnahme und unterliegt nicht den für diese geltenden Vorschriften über die beschränkte Verlesbarkeit, als sie nur erfolgt, um dem Gericht ein klares Bild von der Prozeßlage zu geben, die sich aus der teilweisen Aufhebung des Urteils ergeben hat.†)

Auf Antrag des Staatsanwalts hat das Gericht beschlossen, das frühere SchwGUrt. v. 11. Dez. 1929, das vom RG. teilweise aufgehoben worden war, zu verlesen, ohne jedoch den Grund dieser Anordnung anzugeben. Der Gerichtsbeschluß wurde ausgeführt. Die Rev. rügt, daß das Urteil in vollem Umfange verlesen worden sei, denn soweit es aufgehoben sei, gehöre es nicht zu den nach der StPO. verlesbaren Urkunden.

Aufrechterhalten wurde an dieser Entscheidung die Verurteilung der beiden Angekl. wegen gemeinschaftlicher fortgesetzter schwerer Urkundenfälschung in Tateinheit mit versuchtem Betrug. Insoweit war die Verlesung des Urteils selbst im Rahmen der Beweisaufnahme zulässig (§ 249 StPO.), und das erkennende Gericht war auch nicht gehindert, dieses Beweismittel in freier Beweiswürdigung bei der Urteilsfindung zu verwerten (vgl. RGSt. 8, 153, 157; 60, 297). Da die Urkundenfälschungen in engem inneren Zusammenhang mit dem weiter zum Gegenstande der Verhandlung gemachten Tötungs- und Raubverbrechen standen und teils vor teils nach der angeblichen Tötung des L. begangen wurden, so ging es nicht an, denjenigen Teil des Urteils für die Verlesung auszuscheiden, der nur auf die Urkunden-

---

Zu 46. 1. Nicht unwichtig ist es, daß das RG. in der obigen Entsch. unabhängig von der „Sitzungsniederschrift“ nachprüft, ob die geladenen Zeugen auch erschienen waren. Bereits Alsberg, Der Beweisantrag, 1930, S. 377, betont mit Recht, daß § 274 StPO. hier nicht eingreife. Da er sich nicht auf höchstrichterliche Entscheidungen beruft, kann angenommen werden, daß die Frage noch nicht von RevG. entschieden worden ist. Aber so wünschenswert das Ergebnis, so schwierig ist die Begründung wenigstens dann, wenn man von der weiten Begriffsbestimmung der „Förmlichkeiten des Verfahrens“, wie sie Löwe-Rosenberg, 2 u. 3 zu § 274 gibt, ausgeht. Wenn z. B. die Anwesenheit des Verteidigers nur durch das Sitzungsprotokoll bewiesen werden kann, weshalb nicht auch die eines Zeugen? Weshalb soll, was für die Stellung des Beweisantrags gilt (darin liegt bekanntlich in der Praxis die größte Härte bei der Anwendung des § 274), nicht auch für die andere Voraussetzung des Beweiserhebungsanspruchs, daß nämlich der Zeuge erschienen ist, gelten? Diese Schwierigkeiten zeigen nur, wie dringend erforderlich es ist, die Fiktion des § 274 in eine bloße Präsumtion zu verwandeln. Der Entwurf des EGStGB. hat das noch nicht getan, sondern will sich mit der Einführung eines Protokollberichtigungsverfahrens begnügen. Diese Neuerung ist gewiß zu begrüßen, reicht aber allein noch nicht aus. Eine Beschwerde gegen die Entsch. des Gerichts im Berichtigungsverfahren soll unzulässig sein. Das läßt sich durch die Erwägung rechtfertigen, daß die Urkundspersonen nicht gezwungen werden sollen, eine Protokollfassung gutzuheißen, die sie für unrichtig halten — eine Erwägung, die übrigens nur bei Meinungsverschiedenheiten tatsächlicher Art, nicht aber dann zutrifft, wenn die Urkundspersonen eine Berichtigung aus rechtlichen Erwägungen als unnötig oder unzulässig ablehnen. Jedenfalls aber zeigt die Abschneidung des Beschwerderechts am deutlichsten, welches Interesse u. U. an einer Nachprüfung der Richtigkeit des Protokolls in der RevInst. bestehen kann.

2. Den Satz, daß die Wahrunterstellung den Beweiserhebungsanspruch der Partei im Falle des § 245 Abs. 1 nicht beseitigen kann, hat das RG. — wie Alsberg, Der Beweisantrag, 1930, S. 389, mit vielen Zitaten belegt — in ständiger Rspr. vertreten. Die ohne weiteres einleuchtende Begründung liegt darin, daß die Partei ein bestimmtes Beweisthema nicht anzugeben braucht, um die Vernehmung eines unter § 245 Abs. 1 fallenden Zeugen zu erzwingen. Daher läßt sich der Gegenstand einer Wahrunterstellung auch nicht umgrenzen. Aus dem gleichen Grunde wird die Möglichkeit, daß die Ablehnung der Vernehmung für das Urteil kausal war, sich kaum jemals ausschließen lassen. Diese notwendige Folgerung tritt in der von Löwe-Rosenberg, 3 zu § 245 allein zitierten Entsch. JW. 1927, 1490[22] nicht genügend in die Erscheinung. Dort verneint das RG. nämlich die Möglichkeit des Beruhens mit der Begründung, das Schwurgericht habe bei der Beweiswürdigung dem bereits vorliegenden Beweisergebnisse, das der Angekl. mit seinem Antrage entkräften wollte, in einem bestimmten Punkte kein entscheidendes Gewicht beigelegt. Dieser Grund wäre nur dann ausreichend, wenn man davon ausgeht, daß die Zeugen, deren Vernehmung der Angekl. beantragt hatte, nur für diesen einen Punkt überhaupt in Frage kommen konnten.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 47. Dem Urteil ist zuzustimmen. Bereits in der vom RG. zit. Entsch. v. 25. Sept. 1930: HöchstRRspr. 1930 Nr. 2187 hat der 2. Sen. es für zulässig erklärt, im Rahmen der nach § 324 StPO. vorgeschriebenen Berichterstattung in der BerInst. das vom RevG. aufgehobene erste BU. zu verlesen. M. E. ist eine solche Verlesung nicht nur zulässig, sondern vielfach geradezu

fälschung und den Betrugsversuch Bezug hatte, ohne das Verständnis zu erschweren oder gar unmöglich zu machen. Schon aus diesem Grunde ist die Verlesung des ganzen Urteils verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

Aber selbst wenn einzelne Teile des Urteils hätten abgetrennt werden können, so wäre auch die Verlesung dieser Abschnitte nicht unzulässig gewesen, wenn es geschah, um dem Gericht, insbes. den Geschworenen ein klares Bild von der Prozeßlage zu geben, die sich aus der teilweisen Aufhebung des Urteils ergeben hat. Denn insoweit bildete die Verlesung keinen Teil der Beweisaufnahme, es galten daher für sie auch nicht die Vorschriften, welche die Beweiserhebung regeln. Die Verlesung zu dem bezeichneten Zwecke war in gleicher Weise und aus denselben Gründen statthaft, wie im Wiederaufnahmeverfahren die Verlesung des in der Sache früher ergangenen Urteils (RGSt. 5, 430) oder in einer zweiten Berufungsverhandlung die Verlesung des vom RevGer. aufgehobenen BU. im Rahmen des Vortrags des Berichterstatters (§ 324 StPO.; Entsch. des erk. Sen. vom 25. Sept. 1930, II 738/29). Wie wenig der Gesetzgeber Bedenken hatte, daß die Unbefangenheit des Gerichts in der Beweiswürdigung dadurch beeinträchtigt werde, ergibt sich aus der Vorschrift des § 324 Abs. 1 Satz 2 StPO., wonach in der Berufungsverhandlung das Urteil erster Instanz stets zu verlesen ist.

Unstatthaft wäre nur die Verlesung des teilweise aufgehobenen Urteils zu dem Zwecke gewesen, um die dortigen Feststellungen zum Tötungs- und Raubverbrechen als Beweis des erneut zu ermittelnden Sachverhalts zu verwerten. Daß dies aber nicht der Zweck war, läßt sich unzweideutig dem Sitzungsprotokoll entnehmen. Der Vorsitzende hatte geglaubt, mit einer freien, kurzen Darstellung der Prozeßlage auszukommen. Nachdem aber dann das Gericht die Verlesung des früheren Urteils beschlossen und ausgeführt hatte, wurde im unmittelbaren Anschluß hieran nun auch das Urteil des RG. v. 25. März 1930 verlesen, was vorher nicht für erforderlich gehalten wurde. Dies kann nur geschehen sein, um die Prozeßlage völlig klar zu stellen, da immerhin Mißverständnisse darüber möglich gewesen wären, wenn nur das frühere Urteil des SchwG., nicht auch das darüber ergangene Urteil des RevG. verlesen worden wäre. Das Gericht und besonders die Geschworenen sollten also durch die erschöpfende Wiedergabe der in Frage kommenden Prozeßvorgänge volle Klarheit darüber gewinnen, daß die Urkundenfälschung neben dem Betrugsversuch rechtskräftig entschieden war und daß und aus welchen Gründen die Verurteilung der Angekl. wegen Mordes und Raubes nebst den ihn betreffenden tatsächlichen Feststellungen beseitigt war und keinen Bestand mehr hatte.

Das jetzt angefochtene Urteil bietet auch keinen Anhalt dafür, daß das SchwG. die aufgehobenen Feststellungen als Beweismittel zur Ergründung des neu festzustellenden Sachverhalts verwertet hätte. Denn abgesehen davon, daß es die Tat des L. anders beurteilt hat als das frühere SchwG., sind im Urteile die Beweismittel, insbes. die zahlreichen Zeugen aufgezählt, auf Grund deren es den Sachverhalt für erwiesen erachtet hat; das frühere SchwGUrt. ist dabei aber nicht genannt.

(2. Sen. v. 19. März 1931; 2 D 132/31.) [A.]

48. §§ 260, 466 Abs. 1, 473 Abs. 1 StPO.; §§ 73, 74 StGB. Erachtet das erkennende Gericht die im Eröffnungsbeschluß zu einer fortgesetzten Straftat zusammengefaßten Einzeltaten als selbständige Handlungen und scheidet es eine von ihnen als unbewiesen aus, so muß es hinsichtlich dieser den Angekl. freisprechen und von der Tragung der besonderen Kosten entbinden, welche durch die Verhandlung dieses Straffalles entstanden waren.†)

Der Eröffnungsbeschluß legte dem BeschwF. und seiner Ehefrau fortgesetzte gewerbsmäßige Hehlerei zur Last. Das SchöffG. sprach die Ehefrau frei und verurteilte den BeschwF. wegen einfacher Hehlerei in zwei Fällen zu einer Gesamtstrafe von 1 Jahr Gefängnis und in die ihn betreffenden Kosten des Verfahrens. Aus den Urteilsgründen ist nicht ersichtlich, daß mehr als diese zwei Fälle in der im Eröffnungsbeschluß angenommenen einheitlichen fortgesetzten Tat enthalten sind. Die Berufung der Staatsanwaltschaft ist auf Kosten der Staatskasse verworfen, die Berufung des Angekl. auf seine Kosten mit der Maßgabe, daß er nur wegen Hehlerei in einem Falle zu einer Gefängnisstrafe von 7 Monaten verurteilt wurde.

Diese Verurteilung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Zu beanstanden ist nur, daß das BG. den Angekl. wegen des von den Eheleuten M. beobachteten Falles, in welchem eine Hehlerei nicht angenommen ist, nicht ausdrücklich freigesprochen hat und daß es ihm die ganzen Kosten der Berufung auferlegt hat. In dem Urteil des SchöffG. — dem sich das BG. insofern angeschlossen hat — war bereits dargelegt, daß die Gewerbsmäßigkeit zu verneinen war und daß die den Gegenstand der Untersuchung bildenden beiden Einzelhandlungen äußerlich und innerlich nicht so verbunden waren, daß sie eine im Fortsetzungszusammenhang begangene Handlung (RGSt. 44, 223; 51, 233; 58, 113 [116]) darstellten, daß sie also als einzelne selbständige Handlungen zu behandeln waren und behandelt sind. Wenn dann das BG. eine der beiden selbständigen Einzelhandlungen für unbewiesen erachtete, so mußte es hinsichtlich dieser den Angeklagten freisprechen und unter Anwendung des § 466 Abs. 1, nicht des § 473 Abs. 1 StPO. von der Tragung der besonderen Kosten entbinden, welche durch die Verhandlungen dieses Straffalles entstanden waren (RGSt. 51, 81; 57, 302 [304]). Die von dem erk. Sen. in RGSt. 53, 216 aus-

---

notwendig; denn eine klare Grundlage für die neue BerVerhandlung läßt sich nur schaffen, wenn die bindenden Richtlinien mitgeteilt werden, die das RevG. gem. § 358 Abs. 1 StPO. dem BG. gegeben hat. Zwar ist es prozessual zulässig, den Inhalt des RevUrt. auch durch bloße Mitteilung des Inhalts, anstatt durch wörtliche Verlesung bekanntzugeben; denn § 249 StPO. gilt hier nicht, weil es sich nicht um eine Beweisaufnahme handelt. Indessen ist die wörtliche Verlesung jedem anderen Verfahren vorzuziehen. In der Praxis gibt es nicht selten RevUrt., die einer komplizierten Auslegung bedürfen. Es ist insbes. mitunter nicht ohne weiteres erkennbar, welche Teile des Urteils bindende Rechtsausführungen i. S. des § 358 Abs. 1 StPO. enthalten. Nur die wörtliche Verlesung setzt in solchen Fällen alle Prozeßbeteiligten in den Stand, sich ein zuverlässiges Urteil hierüber zu bilden. Bei dem engen gedanklichen Verhältnis, in dem das aufgehobene BU. und das RevUrt. zueinander stehen, bietet das erstere aber vielfach den besten Schlüssel zur Auslegung des letzteren. Die Beanstandungen des RevG. sind oft nicht verständlich ohne Kenntnis der beanstandeten Ausführungen selbst.

Die obige Entsch. behandelt nun freilich nicht die Verlesung im Rahmen der für die BerInst. vorgeschriebenen Berichterstattung, sondern eine Verlesung in einer zweiten Schwurgerichtsverhandlung nach Aufhebung des ersten Urteils durch das RevG. Eine Berichterstattung über den bisherigen Gang des Verfahrens ist hier nicht vorgeschrieben. Sie ist aber zulässig und erforderlich, soweit sie zum Verständnis — insbes. wieder mit Rücksicht auf § 358 Abs. 1 — nötig ist. Im vorl. Falle hatte der Vorsitzende „geglaubt, mit einer freien kurzen Darstellung der Prozeßlage auszukommen". Das Gericht beschloß aber auf Antrag der StA., das aufgehobene Schwurgerichtsurteil und unmittelbar darauf auch das RevUrt. zu verlesen. Es ist zuzugeben, daß hier bei äußerlicher Betrachtung leichter als in dem zunächst besprochenen Falle das Mißverständnis entstehen kann, es handle sich um eine Verlesung zum Zwecke der Beweisaufnahme über die Sache selbst — zumal da der Grund der Verlesung nicht angegeben wurde. Es empfiehlt sich also, in derartigen Fällen mit Rücksicht auf die Laienrichter zu betonen, daß die Feststellungen des aufgehobenen Urteils in keiner Weise für die neue Urteilsfindung verwertbar seien.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 48. Ein Fall, der dem in JW. 1929, 1052 [60] besprochenen genau entgegengesetzt liegt. Dort hatte der Eröffnungsbeschluß Tatmehrheit, das Urteil dagegen Fortsetzungszusammenhang angenommen; hier ist es umgekehrt. Die damals bereits in der Anm. zitierte RGSt. 53, 216 erklärt das RG. jetzt für überholt. Im vorl. Falle ist der Forderung des RG., daß bezüglich der nicht erwiesenen Taten ausdrücklich freizusprechen sei, zuzustimmen (so auch Golzen: DRZ. 1931, 53). Wenn das Gericht Tatmehrheit annimmt, so darf es die Freisprechung nicht lediglich mit Rücksicht auf die abweichende Auffassung des Eröffnungsbeschlusses unterlassen. Die Konstruktion des erk. Gerichts geht der des Eröffnungsbeschlusses vor. Aber daraus müßte im umgekehrten Falle auch die Folgerung gezogen werden, die das RG.: JW. 1929, 1052 [60] abgelehnt hat.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

gesprochene abweichende Auffassung ist vom Senat nicht mehr aufrechterhalten (RG. II v. 21. März 1929, 2 D 202/29).
(2. Sen. v. 16. April 1931; 2 D 304/31.) [A.]

49. § 264 StPO.; § 51 StGB.

1. In der rechtlichen Beurteilung der Tat ist das BG. frei, es muß eine einheitliche Tat nach allen an sich möglichen rechtlichen Gesichtspunkten würdigen und darf wegen derselben Tat auch aus einem vom SchöffG. nicht beachteten oder ausdrücklich verneinten rechtlichen Gesichtspunkt verurteilen, im Falle einer Berufung des StA. — sei es auch unter Beschränkung auf das Strafmaß — ohne Bindung an die vom SchöffG. erkannte Strafe.

2. Von der Zurechnungsfähigkeit, die einen Zustand der Bewußtseinsstörung oder krankhaften Störung der Geistestätigkeit erfordert, durch den die freie Willensbetätigung ausgeschlossen ist, muß streng unterschieden werden bloße Unkenntnis des Vorhandenseins gewisser Tatbestandsmerkmale i. S. von § 59 StGB., also Nichtzurechenbarkeit zur Schuld bei vorhandener, wenn auch verminderter Zurechnungsfähigkeit. †)

Der Angekl. traf auf dem Heimweg vom Gasthaus im Zustand erheblicher Trunkenheit den Zeugen T., der am nächsten Tag in einer Strafsache gegen ihn als Belastungszeuge auftreten sollte. Er hatte schon mehrfach Gelegenheit gesucht, mit T. darüber Rücksprache zu nehmen; nunmehr trat er an ihn heran, packte ihn, schüttelte ihn heftig und sagte dabei: „Wenn du morgen gegen mich aussagst, dann schlage ich dir die Knochen entzwei, daß du ein Viertel- oder ein halbes Jahr im Krankenhaus liegen mußt.“ T., der infolge seiner kleinen und schwächlichen Figur dem Angekl. körperlich weit unterlegen ist, wurde ganz schwindlig, es gelang ihm aber, sich loszureißen und zu flüchten. Er hat sich auch am folgenden Tage durch den Vorfall in seiner Aussage nicht beeinflussen lassen.

Auf Grund dieses Sachverhalts wurde der Angekl. beschuldigt, „es unternommen zu haben, einen anderen, den Schneidergesellen Josef T., zur Begehung eines Meineides zu verleiten, und durch dieselbe Handlung den Entschluß, einen anderen, den T., widerrechtlich durch Gewalt und durch Bedrohung mit einem Vergehen zu einer Handlung zu nötigen, durch Versuchshandlungen betätigt zu haben — Verbrechen und Vergehen gegen §§ 159, 161 Abs. 2, 240, 43, 73 StGB.“, d. i. unternommene Meineidsverleitung in Tateinheit mit versuchter Nötigung.

Das SchöffG. erkannte ihn „der Bedrohung, nicht der Verleitung zum Meineid bzw. der versuchten Nötigung“, schuldig und verurteilte ihn hierwegen zusätzlich zu einer anderweit erkannten Strafe zu einer Woche Gefängnis. Der ärztliche Sachverständige hatte sein Gutachten dahin abgegeben, daß sich der Angekl. zur Zeit der Tat in einem „das Bewußtsein ausschließenden Rauschzustand“ befunden habe. Demgegenüber hat das SchöffG. „den Schutz des § 51 StGB. nicht für das ganze Verhalten des Angekl. für vorliegend erachtet“: Der Angekl. sei wohl zweifellos erheblich betrunken gewesen, „jedoch nicht in dem Grade, daß sein Geist im gesamten Umfange vergiftet gewesen wäre und all sein Tun den Stempel der Sinnlosigkeit getragen hätte“. Gewisser einfacher Denkvorgänge sei er noch fähig gewesen; er habe auf der Straße den ihm begegnenden Zeugen T. erkannt und ihn mit der am nächsten Tage anstehenden Strafsache in Zusammenhang zu bringen gewußt; es sei ihm eingefallen, daß T. gegen ihn als Belastungszeuge auftreten würde; dieser Gedanke habe ihn veranlaßt, gegen T. mit Drohungen vorzugehen. Er mochte seine Drohung nicht ernst gemeint haben; sie mochte mehr seiner Radau- und Angriffsstimmung und seinem Kraftmeiertum entsprungen sein. Mochte er aber auch nicht die Absicht gehabt haben, seine Drohung in die Tat umzusetzen, so habe er doch jedenfalls das Bewußtsein gehabt, daß seine Worte als ernstlich gemeint aufgefaßt werden konnten und auch wurden. Aus diesen Gründen hielt das SchöffG. den Angekl. eines Vergehens der Bedrohung für überführt. Dagegen hat es nicht als erwiesen angenommen, daß sich mit der Drohung der Vorsatz der Nötigung verbunden hatte. Die Verstandstätigkeit des Angekl. sei infolge des übermäßigen Alkoholgenusses zu stark herabgesetzt gewesen, als daß er über den Vorsatz der Bedrohung hinaus das Bewußtsein gehabt hätte, den Zeugen zu einer ihn nicht belastenden Aussage zu zwingen. Ebensowenig

---

Zu 49. I. Die äußerst interessante Entsch. bietet, soweit sie prozeßrechtlichen Inhaltes ist, keinen Anlaß zu weitergehenden Bemerkungen. So sei nur kurz folgendes hervorgehoben. Den wie sonst auch hier vom RG. vertretenen Standpunkt, § 331 StPO. verbiete nur eine Verschärfung der Strafe, lasse aber sonst dem RevG. völlige Freiheit in Hinblick auf die rechtliche Subsumption, halte ich für zutreffend. Einmal ist § 331 in Einklang mit § 358 Abs. 2 zu bringen, der eine ganz klare Bestimmung trifft. Ferner ist die Konsequenz, zu der allerdings die Auffassung des RG. führt, daß unter Umständen auf eine dem Gesetz für das konkrete Verbrechen unbekannte Strafe erkannt werden muß (Geldstrafe für Raub), keineswegs unerträglich. In der schärferen Strafmöglichkeit liegt implizite auch stets die mildere Strafmöglichkeit, und es ist doch immer noch besser, daß zu mild, als daß gar nicht gestraft wird, wie Beling vorschlägt (Deutsches Reichsstrafprozeßrecht S. 340 f., insbes. S. 341 Anm. 1). Aber auch eine Verwerfung der Berufung wäre ein kaum tragbares Resultat, da das BG. gegen seine Überzeugung gezwungen wäre, ein Urteil aufrechtzuerhalten, das ihm vom rechtlichen Standpunkt aus unhaltbar erscheint.

II. 1. Der materiellrechtliche Teil der Entsch. verdient Beachtung. Der Fall liegt folgendermaßen. Anklage wird erhoben wegen zweier idealiter konkurrierender Tatbestände. Verurteilt wird lediglich wegen eines dritten Tatbestandes, der in einem der von der Anklage behaupteten Tatbeständen implizite enthalten ist, zu diesem also in Gesetzeskonkurrenz steht. Und zwar erfolgt die Entsch. mit der Begründung, Zurechnungsfähigkeit sei nur in bezug auf den einfachen dritten Tatbestand, nicht aber auch in bezug auf die komplizierten Tatbestände, von denen die Anklage ausgegangen war, gegeben; der betrunkene Täter sei eben nur noch zu einfacheren Denkoperationen infolge seiner Trunkenheit fähig gewesen, nicht aber zu den komplizierten Vorstellungen, die die von der Anklage behaupteten Tatbestände erforderten. Das Urteil nimmt mithin eine partielle Zurechnungsunfähigkeit hinsichtlich der Klagtatbestände, dagegen eine partielle Zurechnungsfähigkeit hinsichtlich des Urteilstatbestandes an. Die Entsch. steht somit durchaus auf dem Standpunkt, den das RG. früher vertreten hat. Ich verweise auf die Entsch. des 1. StrSen. v. 16. Jan. 1882 (RGSt. 3, 338 ff.). Hier war gegen einen betrunkenen Angekl. Anklage aus § 167 StGB. erhoben. Freisprechung war erfolgt, weil die Zurechnungsfähigkeit des Angekl., wenn auch nicht in allen Beziehungen, so doch jedenfalls in bezug auf die Erkenntnis der Bedeutung der in der Kirche vorgehenden gottesdienstlichen Verrichtungen ausgeschlossen war. Das freisprechende Gericht hat mithin auch partielle Zurechnungsunfähigkeit resp. Zurechnungsfähigkeit angenommen. Der Unterschied gegenüber dem hier zur Beurteilung stehenden Fall liegt nur darin, daß neben dem Anklagetatbestand kein weiterer Tatbestand in Frage kam, hinsichtlich dessen die partielle Zurechnungsfähigkeit bedeutungsvoll werden konnte. Die gegen das freisprechende Urteil eingelegte Rev. hat das RG. verworfen und sich damit, wie die Begründung einwandfrei ergibt, für die Annahme der Möglichkeit einer nur partiellen Zurechnungsunfähigkeit ausgesprochen.

2. Die vorliegende Entsch. versucht nun mit einer geistreichen Wendung einer Erörterung über das Problem „der sog. partiellen Zurechnungsfähigkeit“ zu entgehen, indem sie nicht von § 51, sondern von § 59 StGB. ausgeht. Es komme, sagt das RG., nicht Zurechnungsunfähigkeit, sondern nur eine Nichtkenntnis des Vorhandenseins von zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatbestandsmerkmalen in Frage, so daß es sich diesbezüglich um eine Nichtzurechenbarkeit zur Schuld bei vorhandener Zurechnungsfähigkeit handele. Nun muß allerdings auch das RG. zugeben, daß diese Unkenntnis auf der Trübung des Vorstellungslebens durch überreichlichen Alkoholgenuß beruht. Allein, sagt das RG., indem es m. E. sehr weittragende Konsequenzen aus seiner Auffassung zieht, der Fall liegt hier nicht anders, als wenn bei einer Person im Hinblick auf ihre geringen geistigen Fähigkeiten oder wegen eines die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Schwachsinns geringeren Grades die Kenntnis gewisser Tatumstände nicht festgestellt werden kann, besser gesagt, da es ja nicht auf dubiöse Fälle allein ankommt, die Kenntnis als nicht vorhanden festgestellt werden muß. Aber ist denn dann in bezug auf die Tatumstände, für die die Kenntnis fehlt, wirklich Zurechnungsfähigkeit gegeben? Beruht nicht vielleicht doch die Unkenntnis eben jener Tatumstände auf Zurechnungsunfähigkeit? Diese Frage hat das RG. überzeugend nicht beantwortet. Ihre Beantwortung setzt eine klare Bestimmung dessen voraus, was man unter Zurechnungsfähigkeit bzw. Zurechnungsunfähigkeit versteht. Wie man nun auch den Begriff der Zurechnungsfähigkeit im einzelnen be-

habe er bei dem Grade seiner Trunkenheit das Bewußtsein und den Willen gehabt, im Zeugen T. den Entschluß zur Leistung eines Meineides hervorzurufen; soweit habe er nicht mehr denken können.

Gegen dieses Urt. legten sowohl der StA. als der Angekl. unbeschränkt Berufung ein. Der StA. beschränkte bei seinem Schlußvortrag die Berufung auf das Strafmaß.

Die beiden Berufungen wurden verworfen.

In den Gründen des BU. wird zunächst bemerkt, das BG. habe wegen der Beschränkung der Berufung des StA. auf das Strafmaß mit Rücksicht auf § 331 StPO. in eine erneute Prüfung darüber, ob sich der Angekl. durch seine Tat auch der versuchten Nötigung und der Meineidsverleitung schuldig gemacht habe, nicht mehr eintreten können. Bezüglich der Bedrohung wird zunächst ausgeführt, daß der Angekl. durch sein Verhalten gegenüber T. den Tatbestand des § 241 StGB. in objektiver Hinsicht erfüllt habe. Bei Verwirklichung der Drohung wäre, insbes. unter Berücksichtigung der schwächlichen Körperbeschaffenheit T.s, zu erwarten gewesen, daß der Verletzte eine erhebliche dauernde Entstellung oder eine andere schwere körperliche Schädigung i. S. des § 224 StGB. erleiden würde; nur in diesem Sinne könne die Äußerung des Angekl. verstanden werden. Hinsichtlich der Frage, ob dem Angekl. der Schutz des § 51 StGB. zuzubilligen sei, gelangte das Gericht im Hinblick auf die Bekundungen des Zeugen T., daß der Angekl. nicht den Eindruck eines sinnlos Betrunkenen gemacht, insbes. beim Gehen nicht geschwankt habe, in Übereinstimmung mit dem Gutachten des Sachverständigen zu der Überzeugung, daß der Angekl. nicht sinnlos betrunken gewesen sei; auch sei seine Geistesfähigkeit durch den Einfluß des Alkohols nicht in dem Umfange gestört und ausgeschaltet gewesen, daß er auch zu einfacheren Denkvorgängen, wie sie der subjektive Tatbestand der Bedrohung erfordere, außerstande gewesen wäre; vielmehr sei aus den auch schon vom SchöffG. erwähnten Umständen zu folgern, daß er noch über ausreichende Erkenntnis und Urteilsfähigkeit verfügt habe. Ferner schloß das BG. aus dem — gleichfalls schon im schöffengerichtlichen Urt. gekennzeichneten Beweggrunde der Tat, daß der Angekl. noch durchaus in der Lage gewesen sei, auch seinen Willen dementsprechend zu bestimmen und zu betätigen. Aus diesen Gründen hat das BG. die Anwendbarkeit des § 51 StGB. verneint und den Angekl. gleich dem SchöffG. eines Vergehens der Bedrohung schuldig befunden.

Die Rev. kann im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Rechtsirrig ist allerdings die Anschauung des BG. über die teilweise Rechtskraft des schöffengerichtlichen Urt. Schon durch die Berufung des Angekl. wurde die ihm im Eröffnungsbeschluß zur Last gelegte einheitliche Tat der Beurteilung des BG. nach allen ihren rechtlichen Beziehungen unterbreitet. § 331 StPO. verbietet für den Fall einer lediglich vom Angekl. oder zu seinen Gunsten eingelegten Berufung nach der ständigen Rspr. des RG. eine Abänderung zum Nachteile des Angekl. nur in bezug auf die Strafe. In der rechtlichen Beurteilung der Tat ist das BG. frei; es muß eine einheitliche Tat nach allen an sich möglichen rechtlichen Gesichtspunkten würdigen und darf wegen derselben Tat auch aus einem vom SchöffG. nicht beachteten oder ausdrücklich verneinten rechtlichen Gesichtspunkt verurteilen. Hat, wie im gegebenen Falle, der StA. — sei es auch unter Beschränkung auf das Strafmaß — gleichfalls Berufung eingelegt, so fällt auch die Bindung an die vom SchöffG. erkannte Strafe weg (vgl. RGSt. 59, 291/92). Der Angekl. ist aber dadurch, daß er — statt wegen unternommener Meineidsverleitung in Tateinheit mit versuchter Nötigung oder wegen versuchter Nötigung allein — nur wegen Bedrohung verurteilt worden ist, nicht beschwert. Angesichts der gegen Rechtsnormen, Denkgesetze oder Auslegungsregeln nicht verstoßenden und im übrigen vom RevG. nicht nachprüfbaren Auslegung, die das BG. der Äußerung des Angekl. gegeben hat, und derzufolge diese Äußerung als Drohung mit einem Verbrechen zu verstehen ist, war auch der im Eröffnungsbeschluß angenommene Nötigungsversuch durch Drohung mit einem Verbrechen verübt worden; in diesem Nötigungsversuch wäre die Bedrohung aufgegangen. Der Angekl. kann sich nicht dadurch beschwert erachten, daß ihm sein Verhalten nur unter diesem einen, im Nötigungsversuch enthaltenen Gesichtspunkt zugerechnet worden ist. Ebensowenig beschwert ihn der Wegfall des Gesichtspunktes der Meineidsverleitung.

Die Rev. erachtet allerdings den Angekl. gleichwohl für beschwert, aber auf Grund eines Gedankenganges, der seine Wurzel in Rechtsirrtümern des BG. hat. Der Gedankengang der Rev. ist folgender:

Die teilweise Rechtskraft des Urt. des SchöffG. binde das BG., soweit das SchöffG. den § 51 StGB. für anwendbar erachtet habe. Sei aber in bezug auf die Handlung, die objektiv den Tatbestand zweier — i. S. des § 73 StGB. rechtlich zusammentreffender — Straftaten erfülle, hinsichtlich der einen Straftat „Freisprechung" auf Grund des § 51 StGB. erfolgt, so müsse dies notwendig auch die Freisprechung wegen der anderen, in derselben Handlung enthaltenen Straftat zur Folge haben; denn, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 51 StGB. ergebe, seien die im Entwurf dem Worte „Willensbestimmung" folgenden Worte „in Beziehung auf die Tat" aus dem Grunde nicht in das Gesetz aufgenommen worden, weil vom medizinischen Standpunkt aus bezüglich der neben der Bewußtlosigkeit genannten krankhaften Störung der Geistestätigkeit die Möglichkeit einer nur in Beziehung auf eine bestimmte Tat ausgeschlossene Willensfreiheit (sog. „partielle Geistesstörung") angezweifelt wird und jeder krankhaften Störung der Geistestätigkeit, wenn überhaupt, dann für das ganze Gebiet des Strafrechts die Zurechenbarkeit versagt werden sollte (RGSt. 5, 339).

Daß die Annahme einer teilweisen Bindung des BG. an die Entsch. des SchöffG. rechtsirrig ist, wurde bereits dargelegt. Im übrigen ist in der Rev. die Entstehungs-

---

stimmen mag, das steht doch fest, daß wir unter ihr die Fähigkeit zur Willensbestimmung zu verstehen haben, und zwar, wie ich annehmen möchte, die normale Fähigkeit zur Willensbestimmung. Von einer derartigen Auffassung geht nun das RG. auch aus, wie sich aus seinen Hinweisen auf § 3 JGG. und § 13 Strafgesetzentwurf, Reichstagsvorlage, ergibt. Versteht man aber unter der Zurechnungsfähigkeit das Gesagte, so setzt die Zurechnungsfähigkeit neben der generellen sozialen oder rechtlichen Urteilsfähigkeit die normale Entscheidungsfähigkeit voraus, letztere aber wieder, da sie ja in der Verwendung von Erfahrungen ihr eigenstes Anwendungsgebiet findet, die Fähigkeit, Erfahrungen zu machen und Erfahrungen zu verwenden. Wenn nun der Geisteszustand eines Menschen, wenn auch vorübergehend, so getrübt ist, daß er gewisse Wahrnehmungen nicht mehr machen kann, die für die rechtliche Bedeutung seines Handelns von entscheidender Bedeutung sind, so ist er eben auch nicht mehr in der Lage, sein Verhalten in seiner rechtlich-sozialen Bedeutung erkennen und werten zu können. Damit scheidet aber die Seite der Zurechnungsfähigkeit aus, die wir Urteilsfähigkeit genannt haben. Wenn aber diese Fähigkeit (ich wiederhole wenn auch nur vorübergehend) fehlt, so ist auch selbstverständlich die Möglichkeit ausgeschlossen, Erfahrungen in normaler Weise zu verwerten. Die Dinge liegen dann so: die durch den Alkohol herbeigeführte Geistestrübung führt zu dem Resultat, daß neue Erfahrungen nicht gemacht werden, daß aber alte Erfahrungen ausgeschaltet werden, so daß sie bei der Willensbildung nicht in Betracht kommen, eben weil sie nicht verwertet werden können (vgl. zum Ganzen mein Lehrbuch des Strafrechtes S. 76). So ist die Unkenntnis bestimmter Tatumstände wie im vorliegenden Fall nicht das Primäre, sondern das Sekundäre, und es geht m. E. nicht an, mehr äußerlich lediglich von dem Nichtwissen der Tatumstände auszugehen und damit zum § 59 StGB. zu greifen. Man muß vielmehr auf den Grund der Unkenntnis, die Geistestrübung, zurückgreifen, die es bewirkt hat, daß die freie Willensbestimmung i. S. des § 51 ausgeschlossen war. Dann aber läßt sich das Problem der Möglichkeit einer partiellen Zurechnungsfähigkeit doch nicht umgehen, wie das RG. vermeint. Ohne zu ihm Stellung zu nehmen, bemerke ich nur, daß ich die Möglichkeit der partiellen Zurechnungsunfähigkeit bejahe, da Bewußtseinstrübungen keineswegs selten sind, durch die die Willensbildung nach einer Richtung hin beeinflußt, ja ausgeschlossen, nach der anderen Richtung hin aber nicht berührt wird.

3. So scheint mir der Versuch des RG., der Schwierigkeit der Sachlage von § 59 StGB. aus beizukommen, nicht durchführbar zu sein. Daß es sich aber um einen überaus interessanten und beachtenswerten Versuch handelt, möchte ich zum Schluß noch besonders hervorheben. Handelt es sich doch um eine Entsch. von grundlegender Bedeutung und einer Tragweite, die keineswegs unterschätzt werden darf. Man kann auf das Echo gespannt sein, das sie finden wird.

Prof. Dr. Heinrich Gerland, Jena.

geschichte des § 51 StGB. richtig wiedergegeben, hieraus aber für den vorliegenden Fall ein falscher Schluß gezogen. Dies ergibt sich aus einer näheren Betrachtung der Bedeutung dieser Vorschrift. Nach ihr ist eine strafbare Handlung — wegen Zurechnungsunfähigkeit des Täters — nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. Unter „Bewußtlosigkeit" ist hierbei, wie in der Rspr. anerkannt ist, nicht ein völliger Mangel des Bewußtseins, der schon die Vornahme einer Handlung unmöglich macht, sondern eine „Bewußtseinsstörung" zu verstehen. Es ist deshalb, soweit Trunkenheit in Frage steht, die Anwendung des § 51 keineswegs auf die Fälle sinnloser Trunkenheit beschränkt. Es muß sich aber um einen solchen Grad der Bewußtseinsstörung oder krankhafte Störung der Geistestätigkeit handeln, daß durch den betreffenden „biologischen" Zustand „psychologisch" die freie Willensbestimmung „ausgeschlossen", nicht nur vermindert wird., Da es sich hierbei um eine Vorschrift handelt, die der Beurteilung strafbarer Handlungen dient, so kommt es darauf an, ob die freie Willensbestimmung in bezug auf ungesetzliche Handlungen ausgeschlossen war. Der Begriff des Ausschlusses der freien Willensbestimmung kann daher ersetzt werden durch den Begriff der „Unfähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen" (vgl. § 3 JGG.) oder der „Unfähigkeit, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln" (vgl. § 13 Entw. eines ADStGB. — Reichstagsvorlage). Das BG. hat nun, ebenso wie das SchöffG., auf Grund der vom Zeugen T. bekundeten Umstände zunächst festgestellt, daß beim Angekl. keine sinnlose Trunkenheit vorgelegen habe. Es hat aber darüber hinaus angenommen, daß der Angekl. zu „einfachen Denkvorgängen, wie sie der subjektive Tatbestand der Bedrohung erfordert", imstande gewesen sei, daß er über eine „ausreichende Erkenntnis- und Urteilsfähigkeit" verfügt habe; damit soll offenbar zum Ausdruck gebracht werden, daß er die Fähigkeit besessen habe, das Ungesetzliche (Unrechtmäßige) seiner Tat, soweit sie sich als Bedrohung darstellt, einzusehen. Es hat endlich daraus, daß er keineswegs unmotiviert, sondern dem erkennbaren Beweggrund gemäß handelte, den Schluß gezogen, daß er auch die Fähigkeit besessen habe, seiner Einsicht in das Ungesetzliche seiner Tat gemäß zu handeln. Damit ist ausreichend nachgewiesen, daß sich der Angekl. zur Zeit der ihm zur Last gelegten Tat nicht in einem Zustand der Bewußtseinsstörung oder der krankhaften Störung der Geistestätigkeit befunden hat, durch den seine freie Willensbestimmung „ausgeschlossen" war. Hieran würde aber auch dann nichts geändert, wenn der Angekl., wie das SchöffG. angenommen hat, infolge seiner immerhin erheblichen Trunkenheit sich nicht bewußt geworden wäre, daß in seinem Verhalten äußerlich der Versuch einer Nötigung T.s zu einer unwahren eidlichen oder nicht eidlichen Aussage lag. Es handelt sich hierbei gar nicht, wie das SchöffG. meint, um Zurechnungsunfähigkeit, sondern lediglich um eine Nichtkenntnis des Vorhandenseins von Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatbestand des Nötigungsversuchs und der Meineidsverleitung gehören, i. S. des § 59 StGB., also um eine Nichtzurechenbarkeit zur Schuld bei vorhandener, wenn auch verminderter Zurechnungsfähigkeit. Der Fall liegt ebenso, wie wenn bei einer Person im Hinblick auf ihre geringen geistigen Fähigkeiten oder wegen eines die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Schwachsinns geringeren Grades die Kenntnis gewisser Tatumstände nicht festgestellt werden kann. Hätte sich das BG. auch mit dem Nötigungsversuch und der unternommenen Meineidsverleitung beschäftigt, so hätte es angesichts seiner sonstigen Feststellungen nur unter dem Gesichtspunkt des § 59 StGB. zur Verneinung jener Tatbestände kommen können, nicht aber unter dem Gesichtspunkt der Zurechnungsunfähigkeit. Das Problem der sog. „partiellen" Zurechnungsfähigkeit (vgl. Frank, 18. Aufl., Bem. IV zu § 51 StGB.; Mezger, Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung in den „Grenzfragen des Nerven- und Seelenlebens", 1926) braucht hiernach nicht erörtert zu werden.

(1. Sen. v. 10. Okt. 1930; 1 D 322/30.) [A.]

50. § 267 Abs. 1 StPO.; § 214 StGB. Im Falle des Totschlags bei Unternehmung einer strafbaren Handlung müssen die Urteilsgründe außer den Tatbestandsmerkmalen der vorsätzlichen Tötung und versuchten Tötung auch diejenigen Tatsachen angeben, die erforderlich sind, um außer Zweifel zu stellen, daß der Totschlag oder dessen Versuch bei „Unternehmung" irgendeiner strafbaren Handlung begangen wurde, einerlei, ob dieses Unternehmen selbst bereits zu einer strafbaren Handlung gediehen war. †)

Das SchwG. hat den Angekl. für schuldig befunden, bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, vorsätzlich durch Schüsse aus seiner Pistole zuerst den Polizeioberwachtmeister A., der ihn zur Wache bringen wollte, getötet und dann — durch eine weitere selbständige Handlung — den hinzugekommenen Polizeiwachtmeister G. zu töten versucht zu haben (Verbrechen nach §§ 214, 43, 74 StGB.). Außer den Tatbestandsmerkmalen der vorsätzlichen Tötung und versuchter Tötung mußten daher die Urteilsgründe namentlich auch diejenigen Tatsachen angeben, in denen das SchwG. den straferhöhenden Umstand einer „bei Unternehmung einer strafbaren Handlung" begangenen und versuchten Tötung gefunden hatte; denn daß der Angekl. eine solche Vortat unternommen habe, gehörte i. S. von § 267 Abs. 1 StPO. ebenfalls zu den gesetzlichen Merkmalen des § 214 StGB., und zu dessen Anwendung hätte es daher nicht genügt, wenn sich etwa ergeben hätte, daß der Angekl. eine strafbare Handlung nicht unternommen hatte und nur auf falschen Verdacht hin vorgeführt werden sollte.

Andererseits darf nicht außer acht gelassen werden, daß auch im Falle des § 214 die vorausgegangene Unternehmung einer strafbaren Handlung nur die Vortat derjenigen strafbaren Handlung bildet, die Gegenstand der Verurteilung ist, und daß daher — ähnlich wie in anderen Fällen, in denen eine strafbare Vortat als Tatbestandsmerkmal in Frage kommt (§§ 257, 259, vgl. auch 240 StGB.) — nach § 267 Abs. 1 StPO. die Urteilsgründe über diese Vortat nur soviel anzugeben brauchen, wie erforderlich ist, um außer Zweifel zu stellen, daß der Totschlag — oder dessen Versuch — bei „Unternehmung" irgendeiner strafbaren Handlung begangen wurde, einerlei, ob dieses Unternehmen selbst bereits zu einer strafbaren Handlung gediehen war.

2. Im vorliegenden Falle war der Polizeioberwacht-

Zu 50. Die vorsätzliche Tötung eines Menschen bei Unternehmung einer strafbaren Handlung wird vom § 214 doch wohl deshalb gesondert behandelt, weil zwischen dieser Handlung und der Tötung ein innerer, ein psychischer Zusammenhang gedacht ist. Hierfür sprechen schon die beiden im Wortlaut des Paragraphen genannten Absichten: um ein Hindernis zu beseitigen oder sich der Ergreifung zu entziehen. Wenn jemand aus Unfug eine Fensterscheibe zertrümmert und deshalb zur Wache mitgehen soll, hierbei aber den Wachtmeister durch Erschießen tötet und einen zweiten Beamten zu töten versucht, so sollte jedem bei der Beurteilung eines solchen Tatbestandes Beteiligten der Gedanke auftauchen, Zertrümmerung und Schuß seien aus einem einheitlichen Motiv, nämlich einer zornigen Gemütsverstimmung, entstanden. Die Annahme, jemand wolle, um sich nach einem gewöhnlichen Unfug der Sistierung zu entziehen, einen Menschen töten, ist so unwahrscheinlich, ja dieser Motivzusammenhang ist unter normalen Umständen so absurd, daß man schon recht lebensunkundig sein muß, um sich zu ihr zu bekennen. Sicher mag die Annahme des RG. zutreffen, daß der § 214 auf irgendeine strafbare Handlung abziele, sicher muß aber diese mit der Tötung in einem adäquaten Zusammenhang stehen. Das ist hier kaum der Fall. Psychologisch dürfte der gleiche Tatbestand wohl richtiger so aufgefaßt werden, daß die allgemeine gereizte Unluststimmung, die den Täter zum Mitnehmen der Pistole und zur Zertrümmerung der Fensterscheibe trieb, zusammen mit der „Animiertheit" auch zur Erschießung des Wachtmeisters führte (Affekttat). Die im § 214 geforderte Zwecksetzung „um sich der Ergreifung zu entziehen" dürfte also gerade fehlen. Mag die Entsch. des RG. also formal auch korrekt sein, sachlich richtig war sie wohl nicht.

Prof. Dr. Gruhle, Heidelberg.

meister A. gegen den Angekl. eingeschritten und hatte ihn, als dieser sich nicht ausweisen konnte, zur Wache mitzukommen veranlaßt, weil der Angekl. „vorsätzlich und rechtswidrig eine Scheibe an der Laterne des Straßenbahnwagens zertrümmert, also eine Sachbeschädigung i. S. von § 303 StGB. begangen" hatte. Das SchwG. hat sich aber nicht einmal bei der Angabe dieser zur Feststellung des Tatbestandsmerkmals einer vom Angekl. „unternommenen" Sachbeschädigung bereits ausreichenden Tatsachen begnügt; es hat vielmehr, der Sollvorschrift des § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO. entsprechend, überdies die Tatsachen angegeben, aus denen es den **Beweis** für die Begehung der Sachbeschädigung durch den Angekl. gefolgert hat, und diesen Beweistatsachen hat es noch Beweis**gründe** hinzugefügt, indem es hierüber in den Urteilsgründen ausführt:

„Als der Angekl. . . . an einem auf dem Münzplatz stehenden Bahnwagen der elektrischen Straßenbahn vorbeikam, klirrte plötzlich die Scheibe der an dem Vorderperron des Wagens befindlichen Laterne. Es ist als erwiesen anzusehen, daß der Angekl. vorsätzlich und rechtswidrig die Scheibe zertrümmert hat. Das SchwG. hat dies aus den Bekundungen der zum Wagenpersonal gehörenden Zeugen K. und Ge. in Verbindung mit der Angabe des Otto M. entnommen, der ausgesagt hat, daß der Angekl., wenn er animiert ist, zu derartigen Scherzen neige."

Das gesetzliche Merkmal einer strafbaren Handlung — nämlich einer Sachbeschädigung i. S. von § 303 StGB. —, bei deren „Unternehmung" der Totschlag und der versuchte Totschlag begangen wurden, ist hiermit ohne Rechtsirrtum und verfahrensrechtlich (§ 267 Abs. 1 StPO.) vollauf ausreichend begründet worden. Die weitere Behauptung der Rev., daß der Sachverhalt die Möglichkeit einer „fahrlässigen oder unabsichtlichen" Beschädigung der Scheibe durch den Angekl. offen lasse, geht hiernach fehl.

Die Rüge der Verletzung von Verfahrensvorschriften ist daher unbegründet.

(2. Sen. v. 31. Jan. 1931; 2 D 1069/30.) [A.]

51. § 318 StPO. **Die Beschränkung der Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte, insbes. auf das Strafmaß, kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen.** †)

Die Berufung ist am 12., eingelaufen 16. Sept. 1930, unbeschränkt und ohne nähere Begründung eingelegt worden. Der Angekl. hat aber dann am 13. Dez. 1930 ein Schreiben bei Gericht eingereicht, welches u. a. lautet: „Für meine Berufung möchte ich erklären: Das Strafmaß von 16 Monaten Gefängnis ... empfinde ich als noch nicht Vorbestrafter gegenüber den schon vorbestraften Mitangekl. zu hart." Weiter wird noch ausgeführt, daß die Mitangekl. mit anderen schon vor 1926 Öldiebstähle begangen hätten, der BeschwF. dagegen habe erst von 1926 ab und nur auf Bearbeitung durch die anderen hin sich an den Diebstählen beteiligt. Davon geht bei den Ausführungen zur Schuldfrage auch das SchöffG. aus. Die hier angeführten Umstände betreffen sohin ebenso wie der Hinweis auf die bisherige Straflosigkeit nur die Strafzumessung.

Tatsächlich und rechtlich bedenkenfrei hat daher das LG. das Schreiben v. 13. Dez. 1930 als Berufungsrechtfertigung erachtet und angenommen, daß die Rechtfertigung sich ausschließlich mit der Strafzumessung befasse und die Beschränkung der Rechtfertigung hierauf die schlüssige Erklärung enthalte, daß nur ein Teil des Urt., nämlich nur die Strafzumessung angefochten werden solle (§ 318 StPO.). Daß die StrK. die damalige Willenserklärung des Angekl. richtig, d. h. seinem Willen entsprechend, ausgelegt hat, ergibt sich ferner daraus, daß der Angekl. die im Beschl. v. 15., ihm persönlich ausgehändigt am 17. Dez. 1930 kundgegebene Auffassung der StrK., daß sämtliche Berufungen auf das Strafmaß beschränkt seien, unwidersprochen gelassen hat und daß er sowohl mit Schreiben v. 17. Dez. 1930 als auch am Schlusse der Berufungsverhandlung nicht etwa Freisprechung oder Abänderung des Schuldausspruchs, sondern nur „eine mildere Strafe" beantragt hat (vgl. RGSt. 64, 17 [20]).

Die vom Staatsanwalte und vom Angekl. erklärte Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß hatte zur Folge, daß der schöffengerichtliche Schuldausspruch rechtskräftig wurde und das LG. nunmehr über die Strafhöhe zu befinden hatte. Seine Entsch. in dieser Richtung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

(3. Sen. v. 20. April 1931; 3 D 192/31.) [A.]

Zu 51. Der BeschwF. hatte die Berufung unbeschränkt eingelegt. Sie erstreckte sich also sowohl auf die Schuld- wie auf die Straffrage. Wenn er hinterher in einer schriftlichen Erklärung, die das BG. wie das RG. mit Recht als Berufungsrechtfertigung betrachtet, ausdrücklich nur das Strafmaß beanstandet, mit keinem Wort aber seine Täterschaft und seine Schuld bestreitet, so kann darin nur der Wille gesehen werden, nicht die Verurteilung an sich, sondern nur die Strafbemessung anzugreifen. Dieser Wille ergibt sich auch aus dem weiteren Verhalten des BeschwF., besonders aus seinem nur auf eine mildere Strafe gerichteten Schlußantrag in der Berufungsverhandlung. In den auf die Berufungseinlegung folgenden Erklärungen liegt eine teilweise Zurücknahme der ursprünglich ohne Beschränkung eingelegten Berufung. Daß eine Berufung ganz oder teilweise — hier in bezug auf die Schuldfrage — zurückgenommen werden kann, steht außer Zweifel. Ob die Zurücknahme mit ausdrücklichen Worten geschieht oder durch schlüssige Handlungen, ist ohne Belang, wenn die schlüssigen Handlungen nur den Willen des BeschwF. zweifelsfrei erkennen lassen. Deutlicher als im vorliegenden Fall konnte dies kaum geschehen. In einem ähnlichen Fall (RGSt. 58, 372/73), bei welchem es sich allerdings nicht um eine teilweise Zurücknahme, sondern von vornherein um eine Beschränkung der Berufung handelte, da schon der Berufung die Worte angefügt waren „da die Strafe zu hoch ist", hat das RG. ebenso entschieden. Wie dort aus diesem Beisatz auf die gewollte Beschränkung der Berufung auf die Strafzumessung geschlossen wurde, so kann auch hier vernünftigerweise aus den Worten „das Strafmaß empfinde ich als zu hart" kein anderer Schluß gezogen werden.

Prof. Dr. Heimberger, Frankfurt a. M.

****52.** § 318 StPO. **Wirkung zulässiger Beschränkung eines Rechtsmittels auf den Ausspruch über eine Nebenstrafe.** †)

Der Angekl. ist vom SchöffG. wegen vollendeten Betrugs in drei Fällen, wegen versuchten Betrugs in einem Falle und wegen Unterschlagung in einem Falle zu einer Gesamtstrafe von zehn Monaten Gefängnis und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von zwei Jahren verurteilt worden. Die Festsetzung von Einzelstrafen für die einzelnen von ihm als selbständige Handlungen gewürdigten Straftaten hat das SchöffG. unterlassen. Der Angekl. hat gegen dieses Urt. Berufung eingelegt, „soweit ihm die bürgerlichen Ehrenrechte auf zwei Jahre aberkannt worden sind". Das LG. hat es abgelehnt, an der Ehrenstrafe etwas zu ändern, und hat demgemäß die Berufung verworfen. Dagegen richtet sich die Rev. dieses Angekl. Sie ist begründet.

Die Zulässigkeit der Beschränkung eines Rechtsmittels auf einen Teil der Entsch. ist vom RG. in ständiger Rspr. (vgl. z. B. RGSt. 47, 227/28; 54, 82, 180) anerkannt worden, soweit — was nur nach der besonderen Lage des einzelnen Falles beurteilt werden kann — der angefochtene Teil der Entsch. losgelöst von dem nicht angegriffenen Teil einer selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich ist, ohne ein erneutes Eingehen auf diese anderen Teile notwendig zu machen (RGSt. 58, 238, 239). Insbesondere wird unter den bezeichneten Voraussetzungen eine solche Abtrennbarkeit für die Straffrage gegenüber der Schuldfrage angenommen; aber auch im Rahmen der Straffrage kann noch eine weitere

Zu 52. An sich kann ein Rechtsmittel wirksam auch auf eine Nebenstrafe oder Nebenfolge, insbes. auf die Aberkennung der bürgerl. Ehrenrechte, *beschränkt* werden. Wenn aber — wie hier — die Zulässigkeit des Ehrverlustes für sich allein nicht nachgeprüft werden kann, bleibt nur übrig, die Rechtsmittelbeschränkung insoweit als unwirksam und nicht vorhanden zu behandeln, als dies die Nachprüfung der Zulässigkeit des Ehrverlustes erfordert. Das RG. kommt daher mit Recht zur Aufhebung des ganzen Strafausspruchs — auch hinsichtlich der *Gesamtstrafe*, die sich erst aus den Einzelstrafen ergibt, also ohne solche völlig in der Luft hängt.

Da aber nur der Angekl. Rev. eingelegt hat, kann wegen des Verbots der *ref. in peius* das neue Urt. eine höhere Gesamtstrafe als 10 Monate Gefängnis nicht aussprechen. Auch in der Festsetzung der Einzelstrafen, die bisher unterblieben ist, ist das Gericht nicht unbeschränkt; sie müssen sich vielmehr — wegen desselben Verbots — im Rahmen der bisherigen Gesamtstrafe halten, d. h. die höchste Einzelstrafe, die als Einsatzstrafe dient, muß *um allermindesten um eine Strafeinheit* (hier 1 Tag Gefängnis) hinter der zehnmonatigen Gesamtgefängnisstrafe zurückbleiben.

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

Beschränkung auf einzelne Teile der Straffestsetzung eintreten (RGSt. 42, 30). Das gilt auch für den Ausspruch einer Nebenstrafe, insbes. die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder einzelner Rechte oder Fähigkeiten. Eine zulässige Beschränkung des Rechtsmittels hat die Wirkung, daß die nicht angefochtenen Teile des Urt. Rechtskraft erlangen und für das weitere Verfahren nicht mehr in Zweifel gezogen werden können. Andererseits hat die unzulässige Beschränkung des Rechtsmittels auf einen einzelnen Teil des Urt. nicht die Folge, daß das Rechtsmittel wirkungslos ist; vielmehr muß in einem solchen Falle das Urt. auch wegen der dem angefochtenen Teil in der logischen Reihenfolge vorausgehenden Teile bis zu demjenigen als angefochten gelten, der eine selbständige Nachprüfung zuläßt (vgl. RGSt. 33, 17, 21; 51, 305, 307; 54, 82; RG.: JW. 1930, 329[8]).

Für den gegenwärtigen Fall gilt unter Anwendung der dargelegten Grundsätze folgendes:

Nach § 76 StGB. ist die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte neben einer Gesamtstrafe zulässig, wenn sie auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig ist. Nach § 32 Abs. 1 StGB. kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte neben Gefängnisstrafe nur erkannt werden, wenn die Dauer der erkannten Gefängnisstrafe drei Monate erreicht.

Ob die letztgenannte Vorschrift von dem SchöffG. beachtet worden ist, läßt sich aus dessen Urt. nicht erkennen, da es versäumt worden ist, Einzelstrafen auszuwerfen, und nach Lage des Falles auch nicht gesagt werden kann, es müsse notwendig eine der Einzelstrafen die Dauer von drei Monaten erreicht haben.

Unter diesen Umständen war aber auch die auf die Berufung hin vorzunehmende Nachprüfung nicht auf die Frage der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte beschränkbar. Die Prüfung, ob die Ehrenstrafe zu Recht erkannt war, mußte sich vielmehr nach Lage des Falles notwendig auf den gesamten Strafausspruch erstrecken, da ohne vorherige Festsetzung der Einzelstrafen die Frage, ob die Ehrenstrafe zu Recht verhängt war, nicht nachgeprüft werden konnte. Das hat die StrK. übersehen. Ihr Urt. unterliegt daher, soweit der Angekl. verurteilt ist, der Aufhebung im Strafausspruch und hinsichtlich der Gesamtstrafe.

(3. Sen. v. 11. Mai 1931; 3 D 151/31.) [D.]

53. § 318 StPO.; §§ 74, 246 StGB.

1. Unzulässig ist die Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß mit dem Vorbehalt, daß nur die tatsächlichen Feststellungen des ersten Gerichts, nicht aber auch seine rechtliche Würdigung rechtskräftig sein sollen.

2. Der Zueignungswille kann unter Umständen dadurch seinen Ausdruck finden, daß der Täter die Sache einem Dritten zur eigentumsgleichen Ausnutzung überträgt, wenn die fremde Sache gerade hierdurch zugleich ihrem Sachwerte nach dem eigenen Vermögen zugeführt wird.

3. Die Zusammenfassung mehrerer Einzelhandlungen zu einer fortgesetzten Tat setzt neben dem einheitlichen Vorsatze Gleichartigkeit der Begehung voraus, d. h. die mehreren Einzelhandlungen müssen den Tatbestand des nämlichen Delikts enthalten und dasselbe Rechtsgut verletzen oder gefährden.†)

I. Das SchöffG. hatte die beiden BeschwF. wegen fortgesetzter Unterschlagung und fortgesetzter Untreue je zu einer Gesamtstrafe von 1 Jahre und 6 Monaten Gefängnis verurteilt. Die Berufung des Angekl. W. ist mit der Maßgabe, daß er wegen Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung und mit Anstiftung zur Unterschlagung verurteilt wird, diejenige des Angekl. N. mit der Maßgabe, daß er wegen Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung verurteilt wird, verworfen worden. Der Verteidiger des Angekl. W. hatte nach der Sitzungsniederschrift vor Beginn der Berufungsverhandlung die Erklärung abgegeben, daß er die Berufung dieses Angekl. nur auf das Strafmaß beschränke; nach dem Inhalte des BU. soll diese Beschränkung des Rechtsmittels nur in der Weise gemeint gewesen sein, daß nur die tatsächlichen Feststellungen des SchöffG., nicht auch ihre rechtliche Würdigung durch das erste Gericht rechtskräftig sein sollten. Auf Grund dieser Erklärungen hat das BG. sich an die tatsächlichen Feststellungen des SchöffG., soweit sie den Angekl. W. betreffen, für gebunden erachtet, trotzdem aber mit Rücksicht auf die unbeschränkte Berufung des Angekl. N., und weil eine getrennte Behandlung des Sachverhalts sich nicht durchführen lasse, in seinem Urteile auch bezüglich des BeschwF. W. vollständige, insoweit mit dem Urteile des SchöffG. übereinstimmende Feststellungen gegeben.

Nach dem Inhalte der Erklärungen des Verteidigers über die Rechtsmittelbeschränkung so, wie sie in vollständiger Form in den Urteilsgründen wiedergegeben wird, muß davon ausgegangen werden, daß die Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß nicht vorbehaltlos geschehen ist, sondern sie nur in dem Sinne gemeint war, wie er in den Urteilsgründen hervorgehoben wird. Dann aber war die Berufung nicht in rechtswirksamer Weise beschränkt worden. Eine Beschränkung des Rechtsmittels auf einen Teil der Entsch. ist zwar zulässig, wenn der angefochtene Teil losgelöst von dem nicht angefochtenen Teile einer selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich ist, ohne ein weiteres Eingehen auf diese anderen Teile notwendig zu machen; namentlich ist eine solche Trennbarkeit allgemein für die Straffrage gegenüber der Schuldfrage anerkannt. Dagegen ist innerhalb der Schuldfrage eine weitere Trennung der Tat- und Beweisfrage von der Rechtsfrage nicht statthaft (RGSt. 60, 109). Darauf aber würde hier die Beschränkung der Berufung hinauslaufen, wenn sie in dem obigen Sinne verstanden wird. Da hier die Berufung nicht in zulässiger Weise beschränkt worden ist, so hat sie als unbeschränkt eingelegt zu gelten, und unterliegt deshalb das angefochtene Urteil in vollem Umfange auch beim Angekl. W. der Nachprüfung durch das RevG.

Obwohl eine besondere Verfahrensbeschwerde nach dieser Richtung vom Angekl. W. nicht erhoben wurde, war auch bei bloßer sachlicher Rüge von Amts wegen die Rechtswirksamkeit der Beschränkung des Rechtsmittels nachzuprüfen. Denn es handelt sich dabei um eine Verfahrensvoraussetzung, die für den Umfang der bei sachlicher Rüge vorzunehmenden Prüfung des BU. von maßgebender Bedeutung ist (RGSt. 64, 151 und angeführte Entsch.).

Schon dieser Verfahrensmangel muß ohne weiteres zur Aufhebung der Verurteilung des Angekl. W. führen, da das BG. sich an die Feststellungen des SchöffG. gebunden erachtet hat, ohne, wie es bei einer unbeschränkten Berufungseinlegung erforderlich gewesen wäre, eigene selbständige tatsächliche Feststellungen zu treffen. Jedenfalls aber würde wegen der Unwirksamkeit der Berufungsbeschränkung, wie schon hervorgehoben, die Verurteilung des Angekl. W. in vollem Umfange auch hinsichtlich des Schuldspruchs der Nachprüfung durch das RevG. unterliegen, und diese Nachprüfung hat vom Standpunkt des im Urteil angegebenen Sachverhalts weitere sachliche Mängel aufgedeckt, welche ebenfalls eine Aufhebung des Urteils zur Folge haben müssen.

Zu 53. Die materiellrechtlichen Ausführungen des Urteils enthalten lediglich Rechtsgrundsätze, die vom RG. in ständiger Praxis vertreten werden. Erstaunlich ist allein die Tatsache, daß beide Vorinstanzen den Untreueparagraphen des GenG. (§ 146) offenbar übersehen hatten. Außerordentlich interessant ist dagegen der prozessuale Teil, der in die schwierige Lehre von der teilweisen Urteilsanfechtung hineinführt.

Von zwei Angekl. hatte der eine, N., unbeschränkt, der andere, W., mit der Maßgabe Berufung eingelegt, daß nur die tatsächlichen Feststellungen des Erstrichters, nicht auch ihre rechtliche Würdigung rechtskräftig sein sollten. Daraufhin hatte das BG. zwar wegen der Unmöglichkeit getrennter Behandlung des Sachverhalts in den Urteilsgründen einen vollständigen Sachverhalt gegenüber beiden Angekl. festgestellt, es hatte aber bezüglich des Angekl. W. die Feststellungen des ersten Richters ohne eigene Prüfung übernommen. Dieses Verfahren wird vom RG. mit Recht beanstandet.

Zwei Fragen erheben sich hier:

1. Kann die Wirkung einer Berufung dadurch beschränkt werden, daß der BeschwF. erklärt, er greife nur die rechtliche Würdigung der vom ersten Richter festgestellten Tatsachen an?

2. Wird die beschränkt eingelegte Berufung eines Angekl.

II. 1. Wenn das BG. eine Unterschlagung des Angekl. N. insoweit angenommen hat, als er die als Kassierer für die Genossenschaft eingenommenen Mietbeträge für seine eigenen Zwecke verbraucht hat, so ist das ebensowenig zu beanstanden, wie die gleiche Annahme bei dem Angekl. W. hinsichtlich des Verbrauchs der von ihm eingezogenen Spargelder. Dagegen bestehen Bedenken insofern, als eine eigene, als Täter begangene Unterschlagung des Angekl. N. darin gefunden worden ist, daß er Gelder der Genossenschaft dem Vorsitzenden der Genossenschaft, dem Mitangeklagten W., aushändigte, obwohl ihm bekannt war, dieser wolle das Geld nicht für Zwecke der Genossenschaft verwenden, sondern für sich selbst verbrauchen. Denn der Begriff der Zueignung in § 246 StGB. setzt voraus, daß der Täter die Sache sich zueignet, d. h. ihren Sachwert dem eigenen Vermögen zuführen, sie als eigene, ihm gehörige verwerten und wirtschaftlich für sich ausnutzen will. Ein solcher Zueignungswille kann zwar unter Umständen dadurch seinen Ausdruck finden, daß der Täter die Sache einem Dritten zur eigentumsgleichen Ausnutzung überträgt, wenn die fremde Sache gerade hierdurch zugleich ihrem Sachwerte nach dem eigenen Vermögen zugeführt wird (vgl. RGSt. 62, 15/17 und die dort angeführte Rspr.; 64, 406). Aber solche besondere Umstände sind nach den bisherigen Urteilsfeststellungen hier nicht ausreichend dargetan. Es kommt darauf an, was die beiden Angekl. mit dem Geben und Nehmen der Gelder beabsichtigten, worüber das Urteil keinen genügenden Aufschluß gibt. Sollte — bei unverändertem Eigentum der Genossenschaft — zunächst nur ein Besitzwechsel stattfinden, also dem Angekl. W. als Vorsitzenden der Genossenschaft der Gewahrsam von den Geldern, der bisher dem Angekl. N. allein zustand, verschafft werden, um ihm hierdurch die Gelegenheit zu gewähren, sich seinerseits möglicherweise diese fremden Gelder durch Verwendung für eigene Zwecke anzueignen, so würden erst durch den Verbrauch der Gelder durch W. diese dem Vermögen der Genossenschaft entzogen und demjenigen des

---

dadurch beeinflußt, daß ein Mitangekl. unbeschränkt Berufung eingelegt hat?

I. 1. Beschränkbar auf Teile der Entsch. ist die Anfechtung nur, wenn die Entsch. teilbar ist. Ob eine solche Teilbarkeit im Verhältnis von Schuld- und Strafausspruch besteht, ist sehr bestritten, wird aber bekanntlich vom RG. ständig angenommen (vgl. die Übersicht bei Hegler: JW. 1923, 426). Das Urteil RGSt. 22, 214, das der StA. eine gesonderte Anfechtung der Straffrage verwehren wollte, ist längst durch neuere Entsch. überholt (s. RGSt. 45, 149; 52, 342; JW. 1894, 225 [8]; ZStW. 48 Beil. S. 77). Daß die Vorschrift des § 301 StPO., auf die RGSt. 22, 214 entscheidend abstellte, Wirkungen nur im Rahmen der Anfechtung (§§ 318, 327 StPO.) äußert und eben deshalb für die Bestimmung des Umfanges der Anfechtung gar nichts besagt, wird jetzt nahezu allseitig zugegeben. Was die Gegner der auf die Straffrage beschränkten Berufung (oder Revision) im übrigen vorbringen, läuft auf eine Verkennung des Erfordernisses der „Teilbarkeit" hinaus. Gewiß ist die Schuldfeststellung als Element eines einheitlichen Willensaktes nicht einer Sonderexistenz fähig, wohl aber gestattet die Straffestsetzung — und das ist allein die Voraussetzung der beschränkten Anfechtung (vgl. RGSt. 33, 17) — ihrem Wesen nach wegen Fehlens eines inneren Zusammenhangs eine selbständige Prüfung unabhängig von dem nicht angegriffenen Teil. Wie die Fälle zu behandeln sind, in denen ein solcher innerer Zusammenhang doch gegeben ist, weil die für die Schuld- und die für die Straffrage belangvollen Feststellungen ineinander übergehen, ist eine besondere, logisch später zu behandelnde Frage. Wenn v. Kries, Lehrbuch S. 659 ff., Gerland: GerS. 69, 339, Lehrb. S. 396, Graf zu Dohna, Strafprozeßrecht 196, 197 gerade sie in den Vordergrund stellen und die Straffestsetzung selbständiger Anfechtung entziehen wollen, weil dem BerR. nicht zugemutet werden könne, auf Grund der erstinstanzlichen Schuldfeststellung eine Strafe auch dann zu verhängen, wenn er den Angekl. für unschuldig hält, so verquicken sie die Frage der Zulässigkeit der Rechtsmittelbeschränkung mit der ihrer Wirkung (vgl. unter II).

2. Es könnte scheinen, daß diese Gesichtspunkte auch zur Bejahung der Zulässigkeit einer Berufungsbeschränkung, wie sie hier erklärt ist, führen müßten. Denn daß die Rechtsfrage einer von der Beweisfrage gesonderten Prüfung zugänglich ist, zeigt die Gestaltung der Revision. Die Praxis des früheren Reichsmilitärgerichts ging denn auch dahin, die erstinstanzlichen Feststellungen, wenn sie durch die Berufung nicht angefochten waren, als rechtskräftig zu behandeln, gleichwohl aber ihre Subsumtion unter den Gesetzestext der Nachprüfung zu unterziehen (s. RMilG. 1, 259; 2, 242; 6, 100, 130; dazu Hegler: JW. 1923, 426). Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, weil sie dem Wesen der Berufung, die auf Neuprüfung des die Entscheidungsgrundlage bildenden Tatsachenstoffes gerichtet ist, widerspricht. Für den Angekl. könnte es allerdings bisweilen reizvoll sein, die Berufung mit einer solchen Modifikation einzulegen, nämlich in den gar nicht so seltenen Fällen, in denen der erste Richter auf Grund rechtlich unschlüssiger Feststellungen verurteilt hat. Stände es hier in der Macht des Angekl., die tatsächlichen Feststellungen allein in Rechtskraft erwachsen zu lassen, so wäre das BG. genötigt, ihn freizusprechen, ohne Rücksicht darauf, ob andere die Verurteilung rechtfertigende Feststellungen getroffen werden können. Denn an einer Ergänzung oder Änderung der Feststellungen wäre der BerR. durch die eingetretene teilweise Rechtskraft gehindert, eine Zurückverweisung an den Vorderrichter würde einen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens voraussetzen (§ 328 Abs. 2 StPO.). Daß diese Lösung unmöglich ist, zeigt gerade der Vergleich mit der materiellrechtlichen Revision, deren spezifische, nicht erst durch eine Beschränkung des Rechtsmittels herbeigeführte Zwecksetzung in der Nachprüfung der Gesetzesanwendung besteht. Findet der Revisionsrichter, daß die getroffenen Feststellungen die Verurteilung nicht rechtfertigen, so hat er nicht freizusprechen, sondern die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen, sofern die Möglichkeit, durch neue Prüfung des Sachverhalts eine geeignete tatsächliche Grundlage für die Verurteilung zu gewinnen, vorhanden ist (§ 354 Abs. 2 StPO.). Es ist also undenkbar, daß der Angekl. durch die Einschränkung seiner Berufung eine Bindung des BerR. an die erstinstanzlichen Feststellungen schafft, wenn er nicht gleichzeitig die im ersten Urteil vollzogene Subsumtion dieser Feststellungen unter das Strafgesetz als bindend hinnimmt.

II. Der Untersuchung bedarf aber die Frage, ob nicht der Angekl. W. ein ganz ähnliches Ergebnis, wie das von ihm erstrebte erreichen konnte, wenn er die Berufung auf das Strafmaß beschränkte, denn dann müßte die von dem Angekl. W. erklärte Rechtsmittelbeschränkung entsprechend umgedeutet werden. Wir sind damit bei der oben zu I 1 umrissenen Frage angelangt: Wieweit findet eine Nachprüfung der Schuldfeststellung statt, wenn die Berufung wirksam auf die Straffrage beschränkt ist? (Frage der Wirkung der auf den Strafausspruch beschränkten Anfechtung.) Aus zwei Gründen kann der BerR. in Versuchung kommen, an den erstinstanzlichen Schuldfeststellungen zu rütteln:

1. Nach der Rechtsauffassung des BerR. ergeben die festgestellten Tatsachen nicht den Tatbestand einer strafbaren Handlung.

Gibt man dem BerR. das Recht, aus dieser Überzeugung trotz der Rechtskraft des Schuldspruchs Konsequenzen für die Entsch. zu ziehen, so bedeutet das, daß er zunächst prüfen muß, ob nicht der Vorderrichter an rechtlich erheblichen Tatsachen, deren Feststellung die Anwendung des Strafgesetzes rechtfertigen würde, vorübergegangen ist. Die sich hierbei aufwerfende besondere Frage, ob der BerR. die im ersten Urteil zur Schuldfrage festgestellten Tatsachen auch der ihm zustehenden Nachprüfung als richtig zugrunde legen muß (vgl. unter 2), sei hier zurückgestellt: worauf die hier zur Diskussion stehende Frage abzielt, wird am klarsten, wenn man davon ausgeht, daß der BerR. die — rechtlich unschlüssigen — tatsächlichen Feststellungen des ersten Richters für zutreffend und erschöpfend hält.

a) Am weitesten geht die Auffassung, der BerR. dürfe sich in diesem Fall über die Rechtskraft des Schuldspruchs hinwegsetzen und den Angekl. freisprechen. Diese Ansicht würde sich im Ergebnis am meisten der von dem Angekl. W. erklärten Rechtsmittelbeschränkung nähern (vgl. KG.: ZStW. 48 Beil. 115; OLG. Hamburg v. 24. Sept. 1925, Alsberg, OLGEntsch. II S. 231; OLG. Naumburg v. 14. Jan. 1914, Alsberg, OLGEntsch. II S. 234; Löwe-Rosenberg, Anm. 2 zu § 327 [doch ist die Bemerkung, es sei „wegen der Rechtskraft des Schuldspruchs auf Freisprechung zu erkennen", in sich widerspruchsvoll]; Feisenberger, 3 zu § 327 StPO.; a. M. RGSt. 47, 383; 62, 403; besonders entschieden RG.: ZStW. 48, 78; BayObLG. v. 4. Okt. 1917, Alsberg, OLGEntsch. II S. 229; v. 28. Febr. 1918, Alsberg, OLGEntsch. II S. 232). Die Argumente des Urteils RGSt. 22, 214, auf das sich die Anhänger dieser Lehre teilweise berufen, sind bereits zu I 1 gewürdigt worden. Im übrigen sprechen zugunsten dieser Auffassung nur unbestimmte Billigkeitserwägungen, die gegenüber der eingetretenen partiellen Rechtskraft nicht durchschlagen können.

Fälle, in denen auf eine unmögliche Strafe erkannt ist oder in denen der Erstrichter nach einem nicht bestehenden Strafgesetz (z. B. wegen versuchter Übertretung) verurteilt hat, werden dadurch nicht berührt. Hier bleibt auch dem nur mit der Strafzumessung befaßten BerR. nichts anderes übrig als die Freisprechung (BayObLG. v. 4. Okt. 1917, Alsberg, OLGEntsch. II S. 229).

b) Auf dem Boden der hiernach als richtig erkannten An-

W. zugeführt worden sein. Dann würde nur W. unterschlagen und N. ihm lediglich Beihilfe geleistet haben. Hat dagegen N. seinem Mitangeklagten die Gelder übereignen wollen und zu diesem Zwecke ihm den Besitz übertragen, so verfügte er durch die Aushändigung der Gelder an W. nicht nur über den Besitz, sondern auch über das Eigentum der Genossenschaft, und zwar nicht in deren Namen, sondern im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und Gefahr. Dann beging der Angekl. N. die Unterschlagung und W. leistete dazu Beihilfe oder brachte das Geld nach begangener Unterschlagung hehlerisch an sich.

2. Im Gegensatz zum SchöffG., das bei beiden Angekl. je eine fortgesetzte Untreue und eine fortgesetzte Unterschlagung angenommen und demgemäß zwei Einzelstrafen festgesetzt hatte, hat das BG., was allerdings die Maßgabe in der Urteilsformel nicht klar erkennen läßt, aber aus den Urteilsgründen zweifelsfrei erhellt, das ganze strafbare Verhalten der Angekl. als eine die Einzelhandlungen sowohl der Untreue wie der Unterschlagung und bei W. auch der Anstiftung dazu umfassende einheitliche fortgesetzte Handlung beurteilt. Begründet wird diese Auffassung nur damit, daß die sämtlichen Einzelhandlungen von den Angekl. aus einem von vornherein gefaßten einheitlichen, sämtliche Einzelhandlungen umfassenden Vorsatze heraus begangen worden seien, bei jeder sich bietenden Gelegenheit und auf jede mögliche Weise auf Grund ihrer Tätigkeit bei der Genossenschaft sich Genossenschaftsgelder anzueignen und sie für ihren Nutzen zu verwenden.

Dabei aber hat das BG. nicht beachtet, daß eine Zusammenfassung mehrerer Einzelhandlungen zu einer fortgesetzten Tat neben dem einheitlichen Vorsatze Gleichartigkeit der Begehung voraussetzt, d. h. die mehreren Einzelhandlungen müssen den Tatbestand des nämlichen Delikts enthalten und dasselbe Rechtsgut verletzen oder gefährden (RGSt. 51, 305 bis 308; 55, 129/34; 58, 228). Daran fehlt es hier; denn Untreue und Unterschlagung sind verschiedenartige strafrecht-

---

sicht erhebt sich die weitere Frage, nach welchen Grundsätzen das BG. die Strafe zuzumessen hat, wenn es die Tat für nicht strafbar erachtet. Die Anhänger der zu a erörterten Lehre haben darin Recht, daß es ein unmögliches Verlangen darstellt, der Richter solle für eine Tat, die unter kein Strafgesetz fällt, die angemessene Strafe finden. Aber es folgt hieraus nicht die Notwendigkeit der Freisprechung, sondern nur, daß auf die gesetzliche Mindeststrafe zu erkennen ist (vgl. OLG. Königsberg: HöchstRRspr. 2, 27; Beling: GoltdArch. 63, 184; Deutsches Reichsstrafprozeßrecht S. 340; a. M. BayObLG. v. 28. Febr. 1918, Alsberg, OLGEntsch. II S. 232). In dem Dilemma, das daraus herrührt, daß die Notwendigkeit der Bestrafung feststeht, für eine Ermittlung der passenden Strafe aber die Voraussetzungen fehlen, stellt diese Lösung den einzig möglichen Ausweg dar. Man kann nicht einwenden, daß eine Bindung an die Rechtsauffassung eines anderen Gerichts ja auch sonst (§ 358 StPO.) vorkomme, denn es ist etwas anderes, ob das BG. der Rechtsansicht des RevG. zu folgen hat oder ob ihm der untergeordnete Richter der ersten Instanz seine Rechtsansicht aufoktroyieren kann.

2. Der Berufungsrichter hält die tatsächlichen Feststellungen des Urteils erster Instanz für unrichtig.

Hier entsteht die Vorfrage: Wieweit kann das BG., das lediglich über die Straffrage zu entscheiden hat, die zur Schuldfrage getroffenen erstinstanzlichen Feststellungen nachprüfen? Soviel ist klar, daß es nicht beliebige Feststellungen untersuchen kann, um, wenn diese sich als nicht stichhaltig erweisen, auf die Mindeststrafe zu erkennen. Denn dadurch würde die Rechtsmittelbeschränkung illusorisch werden. Das Problem kann also von vornherein nur für die sowohl für die Schuldfrage wie auch für die Straffrage erheblichen, sog. „doppelrelevanten“ Tatsachen auftauchen (vgl. Hegler: JW. 1923, 427). Sie bilden aber praktisch die Regel. Denn von der Beschaffenheit der Handlungsweise des Angekl., mit der sich der erste Richter bei der Prüfung der Schuldfrage zu befassen hatte, hängt auch immer das Maß der Strafwürdigkeit ab. Hier dürfte folgende Erwägung entscheiden: Der Angekl. der die Berufung auf die Straffrage beschränkt, will zwar nur eine beschränkte Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils, wohl aber eine unbeschränkte Nachprüfung der Straffrage durch das BG. herbeiführen. Durch die Anerkennung von Bindungen innerhalb der Straffrage würde man seinem Willen, der für die Bemessung des Umfangs des Rechtsmittels maßgebend war, entgegen handeln. Demgegenüber verschlägt nichts der Hinweis auf die Einheitlichkeit der Entsch., die auseinandergehende Feststellungen in der Schuld- und in der Straffrage nicht vertrage, denn es handelt sich hier ja gerade um keine einheitliche Entsch.: vielmehr soll das BG. die übrig gebliebene Entsch. der Schuldfrage aus der ersten Instanz durch seine Entsch. der Straffrage ergänzen. Jedwede Bindung des BG. an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ist daher mit Beling: GoltdArch. 63, 187 abzulehnen. Ist also sehr wohl der Fall denkbar, daß der BerR. in Verfolg der Prüfung der Straffrage zu dem Ergebnis kommt, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Bestrafung überhaupt fehlen, so muß das Ergebnis konsequenterweise dasselbe sein, wie im Falle zu 1, d. h.: es ist auf die zulässige niedrigste Strafe zu erkennen.

Zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangt das RG., das bekanntlich eine Bindung des BG. an die tatsächlichen Feststellungen im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung annimmt. Aber die Rspr. des RG. läßt auf die Frage, an welche Feststellungen das BG. gebunden ist, die klare Antwort vermissen. Die konstante Formel des RG. lautet, das BG. habe die Strafzumessungsgründe insoweit frei zu würdigen, „als dadurch die Beurteilung der Schuldfrage nicht berührt wird“ (RGSt. 61, 210; RG.: JW. 1925, 2786[12]; JurRdsch. 1930 Nr. 580). Hierunter kann sich verschiedenartiges verbergen. Es kann gemeint sein, daß nur diejenigen Feststellungen bindend sind, die die strafbare Handlung konkretisieren (s. Alsberg, Beweisantrag 307, 308). Dann könnte der BR. von den übrigen Feststellungen, die jene nur unterbauen und unterstützen sollen, mögen sie auch im Gesamtgefüge des ersten Urteils zur Schuldfrage gehören, bei der Entsch. der Straffrage abweichen. Die erwähnte Formulierung kann aber auch bedeuten, daß der BerR. schlechthin alle Feststellungen, die dem ersten Richter zur Begründung der Schuldfeststellung dienten, ungeprüft übernehmen muß. Sieht man die Entsch. des RG. genauer an, so zeigt sich, daß das RG. in den Urteilen JW. 1925, 2786[12] und RGSt. 61, 210 die erste Auffassung vertreten, in dem Urteil JurRdsch. 1930 Nr. 580 aber die Schwenkung zur zweiten Ansicht vollzogen hat. (Ob allerdings das RG. die in JW. 1925, 2786[12] vorgenommene Änderung der Tatsachen auch nur von seiner damaligen milderen Auffassung aus gutheißen durfte, ist zweifelhaft; s. Wegener in der Anm.) Denn in JurRdsch. 1930 Nr. 580 erklärt das RG. gerade auch für Berufungen der StA. und insoweit im strikten Gegensatz zu dem Urteil JW. 1925, 2786[12]: „Die Beschränkung der Berufung auf die Straffrage hat zur Folge, daß nicht nur der Schuldspruch selbst, sondern auch alle die Feststellungen, auf die er gestützt ist, der Nachprüfung durch das RG. entzogen sind.“ Dem BG. steht also lediglich eine „Ergänzung“ der erstrichterlichen Feststellungen frei (so auch BayObLG. v. 17. Jan. 1918, Alsberg, OLGEntsch. II S. 231), deren Übergänge zu einer — unzulässigen — „Abänderung“ fließend sind. Daß eine Bindung an tatsächliche Feststellungen der ersten Instanz, obwohl in der zweiten Instanz eine neue Beweisaufnahme (zur Straffrage) stattfindet und vielleicht ein ganz neues Tatsachenbild zutage fördert, noch viel bedenklicher ist als die oben zu II 1b abgelehnte Bindung an die Rechtsansicht des Unterrichters, liegt auf der Hand.

III. Da die Berufungsbeschränkung des Angekl. W. unzulässig ist und auch nicht etwa als Beschränkung auf das Strafmaß, die ganz andere Wirkungen hat, ausgelegt werden kann, so erübrigte es sich für das RG., die Frage zu prüfen, welche Wirkungen die unbeschränkte Berufung eines Angekl. für die beschränkte des Mitangekl. hat. Hier sei aber kurz auch auf diese Frage eingegangen, weil sie für die Wirkung der Berufungsbeschränkung überaus kennzeichnend ist.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1. Das Zusammentreffen der Berufungen zweier Angeklagten.

Hier behalten beide Berufungen und die darüber ergehenden Entsch. ihre rechtliche Selbständigkeit. Das zeigt die ausschließlich für die Revision geltende Sondervorschrift des § 357 StPO. Daß das BG. auf die uneingeschränkte Berufung des einen Angekl. diesen freispricht, kommt dem Mitangekl., der die Berufung auf das Strafmaß beschränkt hat, nicht zugute (vgl. RG.: JW. 1930, 2573[44]). Das BG. kann also in die Lage kommen, gegen die beiden Angekl. abweichende Feststellungen zu treffen, weil es hinsichtlich des einen, und zwar nach der Rspr. des RG. auch bei der Strafzumessung, an die Feststellung der Vorinstanz zur Schuldfrage gebunden ist. Es erleichtert das Verständnis, wenn das Urteil nicht erst diejenigen Feststellungen bringt, die für beide Angekl. gelten und sodann die gesonderten Feststellungen, sondern wenn es zu jeder der beiden Berufungen eine völlig selbständige Begründung gibt.

2. Die unbeschränkte Berufung des Angekl. trifft mit der auf die Straffrage beschränkten Berufung der Staatsanwaltschaft zusammen.

Die Schwierigkeit dieser Situation liegt in dem Gedanken des Verbots der reformatio in peius. Denn es ist klar, daß

liche Tatbestände und ihre Strafandrohungen schützen auch nicht dasselbe Rechtsgut. Ebensowenig konnte Anstiftung zur Unterschlagung und Unterschlagung selbst in Fortsetzungszusammenhang stehen, wie dies das BG. bei dem Angekl. W. angenommen hat. Denn die Bestimmung eines anderen zu einer Straftat ist der Begehung einer gegen das gleiche Strafgesetz verstoßenden eigenen Tat nicht gleichartig (RGSt. 61, 201). Hiernach ist vom Standpunkt der bisherigen Feststellungen und ihrer Beurteilung durch das BG. die Annahme einer fortgesetzten Handlung rechtlich nicht haltbar; wohl aber könnte bei neuer Prüfung das BG. zu dem Ergebnis gelangen, die gesamte Handlungsweise der beiden Angeklagten stelle sich als eine gemeinschaftliche fortgesetzte Untreue nach § 146 GenG. dar, deren Einzelbetätigungen dann zum Teil zugleich den Tatbestand der Unterschlagung erfüllen könnten. Denn auch in der Verwendung von Geldern der Genossenschaft für eigene Zwecke der Angekl., in der rechtswidrigen Zueignung, kann zugleich ein absichtliches Handeln der Angekl. als Vorstandsmitglieder zum Nachteile erblickt werden.

(2. Sen. v. 13. April 1931; 2 D 174/31.) [A.]

---

dieses Grundprinzip (s. § 331 StPO.) verletzt würde, wenn der Angekl. dadurch Schaden erlitte, daß er selbst Berufung eingelegt hat. Eine Rechnung, die zu diesem Ergebnis kommt, muß notwendig falsch sein, so kompliziert auch gerade die hier entstandene prozessuale Lage sein mag.

Gerade dieser Gefahr erliegt aber die Lösung des RG. Sie geht dahin: Auf die unbeschränkte Berufung des Angekl. könne das BG. die Schuldfeststellungen auch zu seinem Nachteil ändern und feststellen, daß der Angekl. ein schwereres Strafgesetz, als nach dem er bestraft sei, verletzt habe. Auch die Verurteilung könne vom BG. auf Grund des schwereren Gesetzes ausgesprochen werden. Bei der Strafzumessung, die auf Grund der beschränkten Berufung der StA. in eine höhere Strafe auslaufen könne, dürfe dieses Moment zuungunsten des Angekl. berücksichtigt werden. Nur dürfe der Strafrahmen des Delikts, das in dem ersten Urteil für anwendbar erklärt war, nicht überschritten werden (RGSt. 25, 399; 62, 130; 62, 404; JW. 1928, 2723[23]).

Diese Lösung hängt mit der ständig vertretenen Grundanschauung des RG. zusammen, daß, da das Verbot der reformatio in peius sich nur gegen eine Erhöhung der Strafe wende, die Verurteilung aber auf ein schwereres Strafgesetz gegründet werden dürfe, wenn das BG. nur die Strafe des ersten Urteils nicht erhöht. Hat die Staatsanwaltschaft zuungunsten des Angekl. — wenn auch unter Beschränkung auf das Strafmaß — Berufung eingelegt, so ist § 331 StPO. unmittelbar nicht anwendbar. Es muß aber vermieden werden, daß, sei es auch nur auf dem Umweg über die staatsanwaltliche Berufung, sich die eigene Berufung des Angekl. zu seinem Nachteil auswirkt. Diese Möglichkeit entsteht, wenn das BG., auf Grund der Berufung des Angeklagten, z. B. statt wegen Unterschlagung (§ 246 StPO.) wegen gewinnsüchtiger Untreue (§ 266 Abs. 2 StGB.), also wegen eines schwereren Strafgesetzes verurteilen kann. Das RG. glaubt diese Konsequenz abzubiegen, indem es dem BG. verbietet, den Strafrahmen des dem ersten Urteil zugrunde liegenden Strafgesetzes zu überschreiten. Demgegenüber hat schon Beling: JW. 1928, 2723 darauf hingewiesen, daß diese Schranke willkürlich gesetzt ist. Dem StA., der die beschränkte Berufung eingelegt hat, um eine Erhöhung der Strafe zu erreichen, kann es nur recht sein, daß die Strafe dem Angekl. nach dem härteren Strafgesetz zugemessen wird, das bei richtiger rechtlicher Würdigung auf die schon vom ersten Richter festgestellte Handlung Anwendung zu finden hat. Diese Einwendungen hat RGSt. 62, 401 nicht widerlegt, sondern statt dessen nur die Übereinstimmung mit der früheren Rspr. betont. Entscheidend fällt aber weiter ins Gewicht, daß das RG. auch mit dieser Konzession den erstrebten Erfolg gar nicht erreicht hat: wenn das RG. glaubt, die untragbare Konsequenz einer Benachteiligung des Angeklagten durch sein eigenes Rechtsmittel ausgeschaltet zu haben, so ist das eine Selbsttäuschung, die übrigens auch Beling entgangen ist. Denn die Auffassung des RG. führt dahin, daß das BG. nicht nur auf Grund veränderter rechtlicher Würdigung, sondern auch auf Grund neuer tatsächlicher Feststellungen, gestützt auf die Berufung des Angekl., die Anwendbarkeit des schwereren Gesetzes bejahen und so das Fundament für eine härtere Bestrafung — freilich nur im Rahmen des ursprünglich angenommenen Strafgesetzes — schaffen darf (so ausdrücklich RGSt. 62, 403). Nach der oben zu II 2 behandelten reichsgerichtlichen Lehre über die Bindung des BG. an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz wäre dieses Resultat ohne die Berufung des Angekl. nicht möglich gewesen. Denn wenn es sich nur um die auf den Strafausspruch beschränkte Berufung der StA. handelte, hätten die Feststellungen in der Schuldfrage auch nicht zum Nachteil des Angekl. abgeändert werden dürfen. Darauf weist RGSt. 62, 402 ausdrücklich hin (vgl. auch besonders RG.: JurRdsch. 1930 Nr. 580). Erst die Berufung des Angekl. hat den Weg zu diesem Ziel freigegeben und die härtere Bestrafung des Angekl. ermöglicht. Gerade die Begründung des Urteils RGSt. 62, 401 bestätigt den Vorwurf, der der reichsgerichtlichen Lösung zu machen ist, daß sie dem Gedanken des Verbots der reformatio in peius, der nach RGSt. 62, 403 trotz der staatsanwaltlichen Berufung fortwirkt, zuwiderläuft. Denn daß durch die Herbeiführung einer höheren Strafe dieses Verbot verletzt wird, müssen auch diejenigen anerkennen, die, wie das RG. leugnen, daß schon die Anwendung eines strengeren Strafgesetzes den Angekl. beschwere. Tatsächlich ist gerade diese Auslegung des § 331 StPO. der Quell der geschilderten Inkonsequenzen und Unzuträglichkeiten; sie wird durch den Fall des Zusammentreffens der unbeschränkten Berufung des Angekl. und der beschränkten Berufung der StA. direkt ad absurdum geführt.

Wegen der hervorgehobenen Schwierigkeiten hat es das OLG. Düsseldorf v. 27. Jan. 1926, Alsberg, OLGEntsch. II S. 230 abgelehnt, dem RG. auf seinem Wege bis zu Ende zu folgen. Es will die Entsch. über die Berufung des Angekl. von der über die Berufung der StA. trennen und es dem BG. verbieten, eine Straferhöhung auf Grund neuer Tatsachen, deren Kenntnis sich ihm nur infolge der Berufung des Angekl. eröffnete, eintreten zu lassen. Dabei ist jedoch verkannt, daß es sich hier, anders als bei den Berufungen zweier Mitangekl., um eine einheitliche Entsch. handelt, die nur einheitlich begründet werden kann.

Die richtige Entsch. dürfte also lauten: Die Berufung des Angekl. ermöglicht die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes nicht (§ 331 StPO.). Bleibt es außer Anwendung, so kann auch auf Grund der sich nur mit dem Strafausspruch befassenden Berufung der Staatsanwaltschaft die Strafe nicht aus ihm entnommen werden, vielmehr ist das mildere, erstinstanzlich für anwendbar erklärte Gesetz der Strafzumessung zugrunde zu legen. Ob die den Angekl. belastenden Tatsachen, die der erste Richter nicht berücksichtigt hatte, gleichwohl im Strafrahmen des milderen Gesetzes strafschärfend gewertet werden können, bemißt sich von dem hier vertretenen Standpunkt aus nach der zu II 2 erörterten Frage der Feststellungswirkung der teilweisen Rechtskraft; d. h. nach Ansicht des RG. ist es unzulässig, m. E., aber statthaft. Im Endergebnis treffe ich mich also mit dem RG., nicht in der Begründung. Die von RGSt. 62, 217 befürchtete Wirkung, daß sich die Wirkung der beiderseitigen Rechtsmittel gegenseitig aufheben, würde übrigens in keinem Falle eintreten, denn selbst wenn die Straferhöhung unzulässig wäre, so wäre dieses Ergebnis doch das gleiche, wenn nur die StA., nicht auch der Angekl. Berufung eingelegt hätte.

RA. Dr. Walter Lissner, Berlin.

54. § 329 StPO. **Aufhebung eines die Berufung wegen ungenügend entschuldigten Ausbleibens des Angekl. verwerfenden Urt., weil der für die Unzulänglichkeit der Entschuldigung angeführte Hauptgrund auf einem offensichtlichen Denkfehler beruht.†)**

Die Berufung des Angekl. wurde vom LG. am 24. Juni 1930 sofort verworfen, weil beim Beginn der Hauptverhandlung der Angekl. nicht erschienen war und das Ausbleiben vom BG. nicht für genügend entschuldigt erachtet worden ist.

Die Annahme des BG., daß eine genügende Entschuldigung nicht vorliege, der Angekl. vielmehr offenbar darauf ausgehe, die Hauptverhandlung zu vereiteln, ist in folgender Weise begründet:

Der Angekl. sei in diesem Strafverfahren schon in vier Terminen — einmal im Ermittlungsverfahren, einmal vor dem SchöffG., und zweimal vor dem BG. — ausgeblieben; er habe jedesmal eine Krankheit als Grund angeführt und sich die Krankheit jedesmal von einem anderen Arzt bescheinigen lassen. Dabei habe ihn der Kriminalassistent K.

Zu 54. Ob der Angekl. bei gutem Willen imstande war, vor Gericht zu erscheinen, oder nur darauf ausging, die Berufungsverhandlung zu vereiteln, ist eine reine Tatfrage, die das BG. bejaht hat. Ob die Begründung dieser Annahme geschickt abgefaßt war, kann auf sich beruhen. Aber eines springt in die Augen, daß das Gericht am 24. Juni 1930 ein Telephongespräch mit dem Kreisarzt führen ließ, dagegen ihn nicht — wie man es hätte

zwei Tage nach dem Termin v. 13. Mai 1930 „offenbar gesund" auf der Straße getroffen und eine Woche vor dem Termin v. 24. Juni 1930 in einem Kaffee gesehen. Auch sei er kürzlich in einer anderen Strafsache vor Gericht erschienen. Der Angekl. sei auf Grund eines im Termin v. 13. Mai 1930 gefaßten Gerichtsbeschlusses zum Termin v. 24. Juni 1930 mit dem ausdrücklichen Zusatz geladen worden, daß sein Fernbleiben nur bei Vorlegung eines amtsärztlichen Zeugnisses entschuldigt sein würde. Seine Frau habe kurz vor dem Termin v. 24. Juni 1930 ein Schreiben an das Gericht gesandt mit der Behauptung, daß ihr Mann wegen Krankheit nicht erscheinen könne, daß sie am Abend vor dem Termin den Kreisarzt um eine amtsärztliche Bescheinigung gebeten, daß dieser aber sich geweigert habe, dem Ersuchen zu entsprechen, da er hierzu vom Gericht aufgefordert werden müßte. Durch fernmündliche Anfrage sei festgestellt worden, daß die Ehefrau des Angekl. allerdings am 23. Juni 1930 abends um 9 Uhr den Kreisarzt aufgesucht, ihm aber eine Ladung, aus der sich die gerichtliche Aufforderung ergeben hätte, nicht gezeigt habe, weshalb die Vornahme einer Untersuchung verweigert worden sei. Der Angekl. hätte im Hinblick auf den Zusatz in der Ladung bei dem Ersuchen um Ausstellung einer amtsärztlichen Bescheinigung nicht bis zum Abend vor dem Verhandlungstag warten dürfen. Bei rechtzeitigem Ersuchen wäre es durch Vermittlung des Gerichts möglich gewesen, eine solche Untersuchung vor dem Termin zu veranlassen. Auch hätte dem Amtsarzt die Ladung vorgelegt werden müssen. Da auch das Entschuldigungsschreiben der Ehefrau nicht angegeben habe, durch was für eine Krankheit der Angekl. am Erscheinen im Termin verhindert sei, könne nur angenommen werden, daß der Angekl. bei gutem Willen in der Lage gewesen wäre, in der Hauptverhandlung zu erscheinen.

Diese Begründung kann nicht als ausreichend erachtet werden. In den vier vom BG. erwähnten früheren Fällen waren Krankheiten bestimmter Art — Magen- und Darmkatarrh, Grippe mit 39,4° Fieber, fieberhafte Erkrankung der Lunge und fieberhafte linksseitige Mittelohrentzündung — sowie die durch diese Krankheiten bedingte Unmöglichkeit, den Termin wahrzunehmen, von Ärzten bescheinigt. Es handelt sich hierbei durchweg um ärztlich verhältnismäßig leicht nachprüfbare Krankheitserscheinungen; dafür, daß die Bescheinigungen etwa lediglich auf Grund der Angaben des Angekl. ohne ärztliche Untersuchung oder etwa gar bewußt unrichtig ausgestellt worden seien, hat das BG. irgendwelche Anhaltspunkte nicht angeführt. Bei dieser Sachlage können diese früheren Fälle nicht zuungunsten des Angekl. verwertet werden. Das gleiche gilt von den Beobachtungen des Kriminalassistenten R. Bei der Art der am 12. Mai 1930 bescheinigten Erkrankung des Angekl. — fieberhafte Mittelohrentzündung — ist es immerhin möglich, daß der Angekl. drei Tage später — vielleicht leichtsinnigerweise — wieder ausgehen zu dürfen glaubte. Daß aber der Angekl. eine Woche vor dem Termin v. 24. Juni 1930 ein Kaffee besucht hat, wäre dann nicht auffällig, wenn sich der Gesundheitszustand des Angekl., der lungenleidend zu sein behauptet, unerwarteterweise erst unmittelbar vor diesem Termin wieder verschlechtert hätte, wie im Schreiben seiner Frau und in der Revisionsbegründung behauptet wird. Ist letzteres richtig — und es ist bisher nicht widerlegt —, dann kann aber dem Angekl. insbes. auch daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß er erst am letzten Tage vor dem Termin v. 24. Juni 1930 den Kreisarzt durch seine Frau um Untersuchung und Ausstellung einer amtsärztlichen Bescheinigung ersuchen ließ; solange der Angekl. annahm, daß ihm sein Gesundheitszustand die Wahrnehmung des Termins gestatten werde, konnte er den Amtsarzt nicht um Ausstellung einer Bescheinigung ersuchen, daß er den Termin nicht wahrnehmen könne. Die Nichtvorzeigung der Ladung, in der die gerichtliche Aufforderung zur Beibringung einer amtsärztlichen Bescheinigung enthalten war, kann auf einer Ungeschicklichkeit der Ehefrau beruhen, die dem Angekl. nicht zur Last gelegt werden kann. Festgestellt ist übrigens in dieser Hinsicht lediglich, daß die Ehefrau die Ladung nicht vorgezeigt hat und daß der Kreisarzt, wenn ihm die Ladung gezeigt worden wäre, eine ärztliche Untersuchung vorgenommen hätte. Es ist nicht festgestellt, daß der Kreisarzt die Ehefrau nach einem etwa in ihrer Hand befindlichen Auftrag des Gerichts gefragt und dessen Vorzeigung verlangt hat. Die Ehefrau hat in dem an das Gericht gesandten Entschuldigungsschreiben behauptet, sie habe dem Kreisarzt mitgeteilt, daß das Gericht ein amtsärztliches Attest verlange. Diese Behauptung ist bis jetzt nicht widerlegt. Ist sie richtig, so hätte es nahe gelegen, daß der Kreisarzt die Ehefrau danach gefragt hätte, ob sie ein Schriftstück, aus dem sich der behauptete Auftrag ergebe, vorzeigen könne; er würde dann wohl erfahren haben, daß eine gerichtliche Ladung mit der fraglichen Aufforderung vorliege und daß er hiervon, wenn er zur Untersuchung komme, Einsicht nehmen könne. Falls eine Vorschrift oder eine Übung des Inhalts bestand, daß der Kreisarzt eine amtsärztliche Bescheinigung der in Betracht kommenden Art nur auf Veranlassung des Gerichts ausstellen soll, und dem Gericht dies bekannt war, hätte es auch nahegelegen, dem Kreisarzt von dem in der Ladung aufgenommenen Gerichtsbeschluß Kenntnis zu geben, damit er auf das möglicherweise an ihn ergehende Ersuchen vorbereitet gewesen wäre; denn es mußte doch von vornherein mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß eine Erkrankung des Angekl. erst in einem Zeitpunkt eintrete, der die rechtzeitige Einholung eines gerichtlichen Auftrags durch den Kreisarzt unmöglich mache. Da der vom BG. für die Unzulänglichkeit der Entschuldigung angeführte Hauptgrund, das angeblich schuldhaft verspätete Ersuchen um amtsärztliche Untersuchung und Bescheinigung, im Hinblick auf die nicht widerlegte Möglichkeit, daß die Verschlechterung des Gesundheitszustandes erst kurz vor dem Termin eingetreten ist, auf einem offensichtlichen Denkfehler beruht, kann das Urt. nicht aufrechterhalten werden.

(1. Sen. v. 20. Febr. 1931; 1 D 938/30.) [D.]

erwarten sollen, und wie das auch in dem in JW. 1931, 1495 mitgeteilten Falle geschehen ist — ersucht hat, den Angekl. sofort zu untersuchen und sich über seinen Gesundheitszustand unverzüglich zu äußern. Bis zum Eintreffen dieser Äußerung hätte man die Erlassung des Urteils zurückstellen können und sollen. Wenn auch das BG. in dem Schreiben der Ehefrau des Angekl. eine genügende Entschuldigung nicht erblickt hat, so wäre durch die gutachtliche Äußerung des Kreisarztes die Frage einwandfrei geklärt worden, ob das Ausbleiben des Angekl. „genügend entschuldigt ist" — worauf es allein ankam (vgl. die RsprNachweise in meiner StPO. Anm. zu § 329 Abs. 1, 12. Aufl. 1930, S. 211; 13. Aufl. 1931, S. 226). Diese Möglichkeit hat das BG. versäumt und damit den § 329 StPO. nicht richtig angewendet, was zur Aufhebung des BU. führen mußte.

So etwa hätte m. E. das RG. sein im Ergebnis zutreffendes Urteil begründen müssen. Statt dessen beschreitet es das Gebiet tatsächlicher Feststellung und Beweiswürdigung an Hand der Akten (s. dagegen RGSt. 61, 175; 62, 420; ferner RG.: JW. 1931, 1495, 1604 f., 1616) und glaubt schließlich dem BG. einen „offensichtlichen Denkfehler" vorwerfen zu müssen. Es ist nun allerdings richtig, daß Denkgesetze und Erfahrungsgrundsätze den Rechtsnormen i. S. des § 337 StPO. gleichgeachtet werden (vgl. meine StPO. § 337 Abs. 2 Anm.); allein die RevG. sollten hier doch vorsichtiger und mit dem Vorwurf des „Denkfehlers" oder eines Verstoßes gegen die Logik sparsamer sein — zumal in Fällen, wo eine Rechtsnormverletzung ohnehin ersichtlich ist. Die RevG. denken anscheinend nicht daran, wie gerade durch solche Urteilsbegründungen, die den Laien in die Hand gegeben und veröffentlicht werden, das Ansehen der Rechtspflege Not leidet, wenn ein Gericht dem anderen ohne zwingenden Grund „Denkfehler" vorwirft, die der Laie gern mit „Gedankenlosigkeit" u. dgl. identifiziert.

Prof. Dr. Fr. Doerr, München.

Bayerisches Oberstes Landesgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von JR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

1. § 2 HGB.; § 2 RennwG. nebst AusfBest. v. 16. Juni 1922. **Ein Buchmacher kann Kaufmann sein.**

I. Auf die Aufforderung des RegGer. hat der Buchmacher Sch. die Firma „Zentralwettannahme München Richard Sch." zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Das RegGer. hat 1. die Eintragung der angemeldeten Firma wegen Unzulässigkeit des Zusatzes „Zentralwettannahme" abgelehnt; 2. dem Sch. je unter Androhung von Ordnungsstrafen aufgegeben a) den Gebrauch der un-

zulässigen Firma zu unterlassen; b) sein Geschäft mit einer zulässigen Firma zur Eintragung anzumelden.

Sch. hat gegen Nr. 1 des Beschlusses Beschwerde, gegen Nr. 2 Einspruch eingelegt.

Das RegGer. hat die Einsprüche verworfen und die Aufforderung zur Anmeldung einer zulässigen Firma wiederholt.

Gegen diesen Beschluß hat Sch. Beschwerde eingelegt, weil er nicht Kaufmann sei.

Das LG. hat sich der Anschauung des BeschwF. angeschlossen und die Beschlüsse des RegGer. aufgehoben.

Hiergegen richtete sich die weitere Beschwerde der Industrie- und Handelskammer M.; diese vertritt den Standpunkt, daß Sch. nach Art und Umfang seines Geschäftsbetriebes Kaufmann sei.

II. Das Rechtsmittel ist zulässig; die Handelskammer ist beschwerdeberechtigt (§ 126 Abs. 1 FGG.).

Dem Gericht der weiteren Beschwerde obliegt die Entscheidung, ob das gewerbliche Unternehmen eines Buchmachers nach seiner Art, einen gewissen über den Kleingewerbebetrieb hinausgehenden Umfang vorausgesetzt, einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 HGB.).

Die von den Vorinstanzen getroffenen Erhebungen geben keine ausreichende Grundlage für die Beantwortung dieser Frage. Die erholten Gutachten enthalten im Kerne nur, was der Richter dem RennwG. und den AusfBest. hierzu v. 16. Juni 1922 selbst entnehmen kann.

Auszugehen ist davon, daß der konzessionierte Buchmacher nicht einen freien Beruf ausübt, sondern ein gewerbliches Unternehmen betreibt (§ 2 Abs. 1 RennwG.). Für die Art, wie er sein Geschäft einzurichten und zu betreiben hat, sind die Vorschriften des § 4 RennwG. und der §§ 9—13 AusfBest. maßgebend. Diese Vorschriften geben weder in positiver noch in negativer Richtung Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage, ob der Buchmacher Kaufmann ist oder doch sein kann. Dem Buchmacher ist nicht die Führung von Handelsbüchern vorgeschrieben, die Anordnung der Führung eines „Geschäftsbuches" in den vom RFM. erlassenen AusfBest. (siehe § 25 RennwG.) bezweckt in erster Linie die steuerliche Überwachung des Buchmachers, wenn ihm dasselbe auch zur Übersicht über seinen Betrieb dienlich ist.

Das einzelne Geschäft des Buchmachers mit dem Wetter und seine förmliche Behandlung — Ausstellung des Wettscheines oder Eintragung in das Wettbuch, Vermerk im Geschäftsbuch — erledigt sich allerdings in verhältnismäßig einfacher Weise. Das schließt aber nicht unbedingt aus, daß der Buchmacher bei größerem Umfange seines Geschäftsbetriebes gewisser kaufmännischer Einrichtungen bedarf, die im RennwG. nicht vorgesehen sind.

Für die Bejahung der Kaufmannseigenschaft des Buchmachers kann der Umstand nicht verwertet werden, daß § 3 Abs. 2 AusfBest. die Zulassung als Buchmacher u. a. davon abhängig macht, daß der Bewerber die „zur Ausübung des Buchmachergewerbes erforderliche kaufmännische Befähigung" besitze. Die AusfBest. konnten dem Buchmacher nicht eine rechtliche Eigenschaft verleihen, die ihm das RennwG. ersichtlich nicht zuschreibt. Es sollte mit jener Vorschrift auch nur eine tatsächliche Voraussetzung für die Zulassung aufgestellt und zum Ausdruck gebracht werden, daß der Buchmacher persönlich die Fähigkeit haben muß, die ihm vom RennwG. gestellten Aufgaben zu erfüllen. Die Bezeichnung der verlangten Befähigung als „kaufmännischer" ist wohl auf die Vorstellung zurückzuführen, daß zumeist der Kaufmann — aber gewiß auch schon der Minderkaufmann — die Fähigkeit zu den einfachen Verrichtungen besitzen muß, wie sie dem Buchmacher obliegen.

Nach der Anschauung der Industrie- und Handelskammer soll nun der Buchmacher bei einem gewissen Umfange seines Geschäftsbetriebes kaufmännischer Einrichtungen nicht entbehren können und es wird unter Hervorhebung einer Reihe von Gesichtspunkten darzulegen versucht, daß im Betriebe des Sch., wegen des Umfanges seines Betriebes notwendig, mit typisch kaufmännischer Einrichtung gearbeitet werde. Das BeschwG. hat seine gegenteilige Anschauung aus allgemeinen Gesichtspunkten zu rechtfertigen versucht, ohne auf die für die Kaufmannseigenschaft des Buchmachers verwerteten Einzelheiten genügend einzugehen.

Sch. hat neben dem Hauptgeschäft fünf Filialen, denen je eine gegen Provision beschäftigte Person vorsteht. Wenn weiter ausgeführt wird, er habe in den Filialen fünf kaufmännische Angestellte, so ist damit in Wahrheit keine tatsächliche Feststellung getroffen. Ob es sich um kaufmännische Angestellte handelt, bedarf vielmehr erst des Beweises. Es muß — so durch Anhörung eines der Angestellten — erhoben werden, wie diese angeblich kaufmännischen Angestellten beschäftigt sind. Dabei ist schon jetzt auf folgendes hinzuweisen: Soll die Art der Beschäftigung jener Angestellten auf die Kaufmannseigenschaft des Geschäftsinhabers schließen lassen, so muß ihre Beschäftigung eine solche sein, wie sie für den Betrieb eines Vollkaufmanns typisch ist, es genügt hier nicht eine Beschäftigung, wie einfache Schreib- und Rechenarbeiten, die zwar auch in großen kaufmännischen Geschäften, ebenso aber in Geschäften anderer Art zu erledigen sind und durch ein untergeordnetes Personal erledigt zu werden pflegen.

Die BeschwF. macht geltend, daß das Unternehmen des Sch. nach Art und Umfang kaufmännischer Einrichtung und Betriebführung bedürfe. Es wird aber nicht darzulegen versucht, warum dies erforderlich ist. § 13 AusfBest. schreibt die Führung eines Geschäftsbuches vor, das, ordnungsmäßig geführt, immerhin schon eine stete Übersicht über den Geschäftsbetrieb sichert. Die bisherigen Gutachten und die Ausführungen der Industrie- und Handelskammer lassen die Frage unberührt, auf die es gerade wesentlich ankommt, ob und warum neben dem „Geschäftsbuch" noch eine besondere kaufmännische Buchführung i. S. des § 38 HGB. erforderlich ist. Auch in tatsächlicher Beziehung fehlt es an einer Feststellung, ob und welche Bücher Sch., sei es im Hauptgeschäft, sei es in den Filialen, neben dem vorgeschriebenen Geschäftsbuch führt. Es kann auch von Bedeutung sein, wie sich der Verkehr zwischen Hauptgeschäft und Filialen vollzieht, insbes. die Abrechnung, und ob etwa insoweit typisch kaufmännische Einrichtung erforderlich ist. Daß Sch. mit dem „üblichen technischen Apparate kaufmännischer Großbetriebe" arbeite, wie in der weiteren Beschwerde ausgeführt wird, ist jedenfalls bisher noch nicht entfernt dargetan.

Wert wird ferner darauf gelegt, daß Sch. ein Bankkonto besitzt. Auch hier fehlt es wieder an einer Darlegung, wie er das Bankkonto seinem Geschäfte dienstbar macht. Für die rechtliche Beurteilung der Sache wäre es unerheblich, wenn Sch. nur jeweils die Geschäftsüberschüsse dem Bankkonto zuführte, um sie bei Bedarf für das Geschäft (zu Lohnzahlungen, Zahlung der Miete für die Geschäftsräume u. dgl.) oder für private Zwecke zu verwenden. Der Vollkaufmann bedarf der Bankverbindung zum Scheck- und Überweisungsverkehr mit Lieferanten und Kunden; das ist die typisch kaufmännische Verwendung des Bankkontos. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, daß ein Buchmacher eines Bankkontos zu ähnlichem Zwecke bedürfte. Auch Erhebungen in dieser Richtung sind unerläßlich.

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 22. Juli 1931, Reg. III Nr. 82/31.)

---

b) Strafsachen.

2. §§ 350, 359 StGB.; Art. 78 BayGemO. Nach bayrischem Rechte sind ehrenamtliche Mitglieder des Gemeinderates nicht Beamte in staatsrechtlichem Sinne. Trotzdem gelten sie strafrechtlich als Beamte. †)

Der Angekl. hat nicht schon als ein mit der Funktion eines gemeindlichen Schulkassierers betrautes ehrenamtliches Mitglied des Gemeinderats die Eigenschaft eines Gemeindebeamten i. S. der am 1. April 1928 in Kraft getretenen GemO. v. 17. Okt. 1927 und damit eines mittelbaren Staatsbeamten im staatsrechtlichen Sinne besessen. Die ehrenamtlichen Mitglieder des Gemeinderats gelten nach Art. 78 GemO. nicht mehr — wie nach der GemO. v. 29. April 1869 — kraft Gesetzes als Gemeindebeamte i. S. der GemO., mithin als mittelbare Staatsbeamte im staatsrechtlichen Sinne, und damit — ohne Rücksicht auf die Art der in dieser Eigenschaft geleisteten Dienste (vgl. LpzKomm., 4. Aufl., Anm. 2 zu § 359 StGB.) — als Beamte i. S. des § 359 StGB. Die Gemeinde kann auch nicht durch Übertragung einer bestimmten Funktion, insbes. der Funktion eines Schulkassierers, ein ehrenamtliches Mitglied des Gemeinderats als solches zum Gemeindebeamten i. S. der GemO. erklären (vgl. Laforet-v. Jan-Schadenfroh, Die Bay. Gemeinde-, Bezirks-

---

Zu 2. In der vorl. Entsch. handelt es sich um das Problem der Anwendung des § 359 StGB. auf Personen, welche im öffentlichen Ehrendienste, um mich ganz allgemein und unanfechtbar auszudrücken, tätig sind. Dieses Problem ist sowohl nach der staatsrechtlichen als auch nach der strafrechtlichen Seite noch keineswegs völlig geklärt. Der echte Ehrenbeamte fällt, zusammen mit dem Berufsbeamten, unter den umfassenden, generellen Begriff des Beamten im staatsrechtlichen Sinne und wird in dieser Eigenschaft von den strengeren Vorschriften des 28. Abschnittes des RStGB. ergriffen (Peters: HdbDStR. Bd. II S. 100 ff., 106; Brand, BeamtenR., 1926, S. 24). Frage: Ist unser unbesoldetes Gemeinderatsmitglied, welches mit der Funktion eines kommun. Schulkassiers betraut ist, ein solcher Ehrenbeamter? Die Entsch. verneint dies, unter Berufung auf Entstehungsgeschichte und Wortlaut des Art. 78 der geltenden BayGemO.

Jene — die Entstehungsgeschichte — spricht zweifellos dagegen, dieser — der Wortlaut — würde es nur tun, wenn er über den doch nur relativ engen Bereich des fragl. kommun. Landesrechtes hinaus Geltung beanspruchen könnte. Art. 78 GemO. lautet: „Gemeindebeamte i. S. dieses Gesetzes sind die berufsmäßigen Mitglieder der Gemeinderäte und die Personen im Dienste der Gemeinde, die die Eigenschaft der Gemeindebeamten kraft Gesetzes oder durch Erklärung der Gemeinde besitzen." Einmal hat diese Bestimmung, formal gesehen, die Bedeutung einer technischen Definition für das BayGemG. Zum zweiten, inhaltlich betrachtet, wird darin eine Grenze zwischen den Beamten der Gemeinde und ihren übrigen Bediensteten, vor allem deren Angestellten, gezogen. Es läßt sich

und KreisO., Anm. 2 Abs. 1; Anm. 3 Abs. 1; Anm. 4, a Abs. 3, b Abs. 6, e; Anm. 6, b Abs. 1 zu Art. 78 GemO.). Die Entstehungsgeschichte des Art. 78 GemO. bestätigt dies. In Art. 76 und 77 d. Entw. der GemO. waren auch die ehrenamtlichen Mitglieder des Gemeinderats als Gemeindebeamte im Sinne der GemO. bezeichnet, mit der Begr.: es sei bisher unbestritten gewesen, daß alle Mitglieder des Gemeinderats Gemeindebeamte seien; ihre Stellung könne nicht mit der eines Mitglieds des Landtags verglichen werden, sie seien Mitglieder einer Behörde, des Gemeinderats, und ständen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Bei den Ausschußverhandlungen wurde dem widersprochen mit dem Hinweis darauf, daß nach dem Volksempfinden die Mitglieder des Gemeinderats nicht als Beamte anzusehen, sondern überwiegend den Volksvertretern (Landtagsabgeordneten) gleichzustellen seien. Diesen Bedenken trug die Staatsreg. durch Änderung des Entw. Rechnung, dahin gehend, daß die ehrenamtlichen Mitglieder des Gemeinderats nicht mehr als Gemeindebeamte bezeichnet wurden. In dieser Fassung wurde Art. 78 GemO. zum Gesetz erhoben (vgl. Verh. d. LT. 1924 bis 1928, Beil. III S. 240, 283, 284; V S. 510—514; VII S. 86, 87, 176).

Nach bay. Staatsrecht kommt also den ehrenamtlichen Mitgliedern des Gemeinderats die Eigenschaft von Beamten im staatsrechtlichen Sinne jedenfalls seit Inkrafttreten der neuen GemO. nicht mehr zu.

Allein der Begriff des Beamten i. S. des § 359 StGB. umfaßt nach der — vom Sen. geteilten — neueren Rspr. des RG. nicht nur die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstgewaltverhältnis stehenden Beamten im staatsrechtlichen Sinne, sondern auch solche Personen, die — ohne Begründung eines derartigen Verhältnisses — von einer nach reichs- oder landesrechtlichen Vorschriften zuständigen Stelle durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden öffentlich-rechtlichen Akt zu Dienstverrichtungen berufen werden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken dienen, gleichviel ob die Dienste dem Staat unmittelbar oder einem vermittelnden Träger eines Zweiges der öffentlichen Verwaltung (z. B. einer Gemeinde für öffentliche Zwecke) geleistet werden, sofern es sich nicht etwa lediglich um mechanische Hilfstätigkeiten ganz untergeordneter Art handelt, die von dem Wesen der jeweils in Betracht kommenden öffentlichen Aufgabe und des ihr dienenden Betriebs gänzlich unabhängig sind (vgl. u. a. RGSt. 60, 139; 62, 24, 188; 63, 116; RG.: LZ. 1927, 114 ², 853 ³; RG.: DRZ. Rspr. 1928 Nr. 825; JW. 1931, 62 ²³; s. auch Laforet usw. a. a. O. Anm. 4, a Abs. 2, Anm. 5 — Einl. und Abschn. A Abs. 1 bis 3 — zu Art. 78 GemO.).

Diese Voraussetzungen für den Begriff eines Beamten im weiteren — strafrechtlichen — Sinne sind im vorliegenden Fall erfüllt.

Die vermögensrechtliche Verwaltung der öffentlichen Volksschulen und die Aufbringung des sächlichen Bedarfs für sie obliegt in Bayern unter der Aufsicht des Staates den Gemeinden, die auch insoweit vermittelnde Träger eines Zweiges der öffentlichen Staatsverwaltung sind (vgl. Art. 1, 11 SchulbedarfsG. v. 14. Aug. 1919: GVBl. 489; Art. 50, 59 GemO.; BayObLGSt. 25, 99; Urt. des erk. Sen. v. 5. Nov. 1928, R II 494/28). Der Gemeinderat bestimmt, ob die Schulkasse als besonderes Zweckvermögen (vgl. Laforet usw. a. a. O., Anm. 3 Abs. 4 zu Art. 30 GemO.) von einem ehrenamtlichen Mitglied des Gemeinderats oder von einem besonderen Verwalter ohne oder gegen Vergütung verwaltet werden soll (Art. 16, 27 Abs. 1 GemO.); der erste Bürgermeister vollzieht den Beschluß des Gemeinderats und teilt gegebenenfalls die Verwaltung der Schulkasse einem Mitglied des Gemeinderats oder einem besonderen Verwalter zu (Art. 17 Abs. 1 GemO.). Das von ihm bestimmte Mitglied des Gemeinderats ist verpflichtet, die ihm zugewiesene Verwaltung der Schulklasse zu übernehmen (Art. 25 Abs. 1 GemO.) und zur Vermeidung disziplinärer Bestrafung den Vorschriften entsprechend gewissenhaft zu führen (Art. 116, 80, 117 GemO.). Die Verwaltung der Kasse ist keine mechanische Hilfstätigkeit untergeordneter Art in dem oben dargelegten Sinne, sondern sie besteht in der Einhebung bestimmter Einnahmen und in der Bewirkung bestimmter Ausgaben auf Grund des Haushaltplanes der Gemeinde sowie in der genauen Rechnungsführung über Einnahmen und Ausgaben; sie ist nach den vom Staat erlassenen Vorschriften zu führen (vgl. Art. 46, 47, 48 GemO.; Laforet usw. a. a. O., Anm. 1 zu Art. 46, Anm. 2, b zu Art. 48 GemO.).

Da der Angekl. vom Gemeinderat und vom Bürgermeister mit der Verwaltung der Schulkassen betraut worden ist, sind ihm sonach von einer nach den landesrechtlichen Vorschriften zuständigen Stelle durch öffentlich-rechtlichen Akt Verrichtungen öffentlich-rechtlicher Art übertragen worden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Verwirklichung staatlicher Zwecke mittelbar dienen.

Zum Vorsatz der Amtsunterschlagung ist das Bewußtsein, Beamter zu sein, nicht erforderlich, vielmehr die Kenntnis des Angekl. von den Tatsachen, auf denen seine Beamteneigenschaft beruht, genügend (LpzKomm., 4. Aufl., Bem. 9 zu § 359 StGB.; BayObLG. 25, 226, 230).

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 20. April 1931, RevReg. II Nr. 181/31.)

*

3. § 350 StGB. **Bei Personen, welche nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind, sondern welche durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden öffentlich rechtlichen Akt zu Dienstverrichtungen berufen werden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken**

---

natürlich sagen — und die Entsch. tut es —, allein an Hand dieser, der landesrechtlich-kommunalen Vorschrift beurteile sich, welchen Gemeindebediensteten der Charakter eines Beamten (hier Ehrenbeamten) zukomme und welchen nicht. Auf der anderen Seite kann jedoch auch von einem Begriff des Ehrenbeamten ausgegangen werden, wie ihn die gemeindeutsche verwaltungsrechtliche Judikatur und Literatur herausgearbeitet hat — man vgl. etwa Peters a. a. O. und Meyer-Anschütz, Deutsch. StR., 7. Aufl., S. 575 —, ein Begriff, der im einzelnen zwar noch nicht rundherum feststeht, dessen rechtliche Merkmale aber doch schon soweit anerkannt sind, daß damit operiert werden darf. Das durch Art. 10 Ziff. 3 RVerf. gestattete, Grundsätze für das Beamtenrecht zukünftig aufstellende RGes. wird dazu die endgültigen Formulierungen und Scheidungen zu bringen haben. Nach diesem Begriff könnte dem Angekl. sehr wohl die Eigenschaft eines Ehrenbeamten zukommen. Das soll im folgenden untersucht werden.

Angenommen zunächst, er sei nur Gemeinderatsmitglied und nicht auch noch Schulkassiers. Es gilt im allgemeinen als ausgemacht, daß die Mitglieder der Repräsentativorgane der Kommunen, der Länder und des Reiches nicht mehr als Ehrenbeamte anzusehen sind (Brand a. a. O. S. 50; Peters a. a. O. S. 100; Fölsche, Das Ehrenamt in Preußen u. im Reich, 1911, S. 39 Note 17) — aus welchen Gründen und wie ihre Funktion rechtlich aufzufassen ist, muß an dieser Stelle auf sich beruhen bleiben. Aber nur die Mitglieder der Repräsentativorgane! Innerhalb der kommun. Verwaltung, mit der wir es hier nur zu tun haben, sind diese ohne Schwierigkeit auszusondern, wo das sog. Zweikollegiensystem besteht, also vor allem bei der preuß. Magistratsverfassung, sodann auch — cum grano salis — bei der rhein. Bürgermeisterverfassung, sowie nach der bad. und sächs. Regelung (gute Übersicht bei Bühler, HdbDStR. I, S. 699 ff.). Anders steht es mit den nichtberufsmäßigen Mitgliedern der gemeindlichen Vollzugsorgane; sie besitzen in der Regel die Eigenschaft von Ehrenbeamten, so die unbesoldeten Magistratsmitglieder (PrVerwBl. 11, 204). In Bayern liegt die Sache nun kommunalverfassungsrechtlich so, daß nach dem dort geltenden „Gemeinderatssystem" Beschluß- und Vollzugsorgan in eines fallen. Der Gemeinderat fungiert nicht nur als örtliche Vertretung, sondern auch als vollziehendes Gremium, und der Bürgermeister handelt, von gewissen besonderen, im ganzen aber minder bedeutsamen Aufgaben abgesehen, nur namens desselben. Wenn der Gesetzgeber der neuen BayGemO. es sich hier hat angelegen sein lassen, den nichtberufsmäßigen Gemeinderäten die Qualität von Beamten zu nehmen, so stimmt das mit dem allgemeinen, zuvor angeführten Prinzip nicht überein. Denn die Vereinigung und Vereinheitlichung, wie sie die fragl. GemO. mit den kommun. Organen vorsieht, bewirkt doch gerade eine stärkere Teilnahme und damit auch eine ausgeprägtere Verantwortung der Gemeinderatsmitglieder (und zwar sämtlicher) an den Geschäften ihres Gemeinwesens, insonderheit auch an denen der Verwaltung im eigentlichen — mit der weittragenden Folge, daß bei ihnen, was bei den Reichs- und Landtagsabgeordneten bestritten ist und wohl auch verneint werden muß, schon eher von der Anvertrauung eines „Amtes" und demgemäß von Ehrenbeamten gesprochen werden kann; dies jedenfalls dann, wenn man sich außerdem noch die übrigen rechtlichen Merkmale vor Augen hält, durch welche sich ihre „Dienststellung" auszeichnet, etwa das, daß auch sie sich in und außer Dienst eines achtungswürdigen Verhaltens zu befleißigen haben, daß sie einer Disziplinargewalt unterstehen, und was dgl. mehr ist.

Aber selbst, wenn gegen die vorgetragene rechtlich-prinzipielle Qualifizierung der unbesoldeten Gemeinderäte in Bayern Bedenken bestehen sollten — da der Angekl. zudem noch das Amt eines gemeindlichen Schulkassiers versieht, ist er ganz zweifellos Ehrenbeamter i. S. jener „gemeinen", oben angeführten Doktrin, damit Beamter nach staatsrechtlichen und auch nach strafrechtlichen Grundsätzen. Daß Art. 78 GemO. dem nicht entgegensteht, obwohl er kommunalrechtlich seine Bedeutung hat, wurde oben schon bemerkt.

Die Entsch. ist einen anderen und, wie wir einräumen, sichereren Weg gegangen, hat sich in der Hauptsache allein auf § 359 RStGB. bezogen und kommt damit zu demselben Ergebnis wie wir. Der neueren Rspr. des RG. ist zutreffend gefolgt. Daß die Verrichtungen eines gemeindlichen Schulkassiers „aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken dienen", wird unbedenklich festgestellt. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang nur, daß sich, vorausgesetzt das Vorliegen eines staatsrechtlichen Ehrenbeamtendienstverhältnisses zu der Gemeinde wird nicht angenommen, die strafrechtliche Beamtenqualität des Angekl. nur soweit erstreckt, als er jene besondere Aufgabe wahrnimmt, da es hier ja bekanntlich ausschlaggebend auf die Natur der jeweils geleisteten Dienste ankommt; soweit er also als Schulkassier tätig ist, fällt er unter die zit. Bestimmung des RStGB., im übrigen aber nicht (vgl. dazu etwa unsere Bespr. d. Entsch. d. BayObLG. v. 25. Juni 1931, II Nr. 330/31: oben S. 2837 ³).

PrivDoz. Dr. Adolf Schüle, Berlin.

dienen, ist nicht erforderlich, daß sie Obliegenheiten haben, die nur von einem öffentlichen Beamten mit Rechtswirksamkeit vorgenommen werden können, oder daß ihnen Rechte übertragen sind, die ihrer Natur nach Staatshoheitsrechte sind. Auch solche Personen sind Beamte im strafrechtlichen Sinne. Für sie ist die Art der Dienste wesentlich. Ein Beamter empfängt amtliche Gelder auch dann, wenn die Gelder auf Grund privatrechtlicher Verträge für eine Privatperson von der öffentlichen Verwaltung erhoben werden.†)

Die Gemeinde V. hatte durch Vertrag mit der AOKrankK. F. die Einhebung der Krankenkassenbeiträge und mit Vertrag mit dem städt. Elektrizitätswerke U. die Einhebung der Stromgebühren und Zählermieten übernommen. Der Angekl. war als Gemeindediener und Leichenwärter angestellt, hatte den Gehalt der Besoldungsgruppe C der BayBesoldO. bezogen und war vom Bürgermeister in V. mit der Einhebung der Beiträge, Stromgebühren und Zählermieten beauftragt. Er unterschlug einen Teil dieser Gelder. Er bestritt, daß er diese Gelder in amtlicher Eigenschaft empfangen habe; denn die fraglichen Verrichtungen seien nicht aus der Staatsgewalt abzuleiten und dienten nicht der Verwirklichung staatlicher Zwecke, gehörten also nicht zur ausschließlichen Zuständigkeit von Behörden oder Beamten und dürfen auch von Privatpersonen vorgenommen werden. Der Bürgermeister hätte die Einsammlung durch jede beliebige Privatperson vornehmen lassen können. Die Besorgung der vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Gemeinde habe nicht in Frage gestanden. Es habe sich nicht um die Einziehung einer örtlichen Abgabe öffentlich-rechtlicher Natur gehandelt. Ein öffentlich-rechtlicher Anspruch der Gemeinde auf die fraglichen Gelder sei nicht vorgelegen. Denn ein privatrechtlicher Anspruch werde nicht dadurch zu einem öffentlich-rechtlichen Anspruch gestempelt, daß er von einem Organ der Gemeindebehörde durchgeführt werde. Die Verurteilung des Angekl. lediglich wegen eines einfachen Vergehens der Unterschlagung, führte zur Aufhebung des Urteils. Den Feststellungen des Vorderrichters ist zunächst nicht zu entnehmen, ob der Angekl. mittelbarer Staatsbeamter im staatsrechtlichen Sinne, nämlich Gemeindebeamter im Sinne der GemO. (und früher des GemBeamtG. v. 15. Juli 1916) gewesen ist, d. h. ob er zu der Gemeinde V. als einem vermittelnden Träger eines Zweigs der öffentlichen Verwaltung in ein öffentlich-rechtliches Dienstgewaltverhältnis getreten ist, das ihn zu ungemessener Dienstleistung, zu besonderem Gehorsam und besonderer Treue, die Gemeinde zu besonderem Schutz und zur Leistung der zugesicherten Vergütung verpflichtete, und, das durch disziplinäre Vorschriften geschützt war (vgl. RGSt. 60, 139).

Nach bay. Landesrecht ist es den Gemeinden freigestellt, ihre bezahlten Arbeitskräfte im öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis oder im bürgerlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu beschäftigen, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen (wie Art. 79 Abs. 2 GemO. v. 17. Okt. 1927). Die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnisses erfolgt durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung der Gemeinde (Art. 78 GemO.). Als Anhaltspunkte für die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstgewaltverhältnisses können insbes. in Betracht kommen: die Verleihung einer Amtsbezeichnung, die Einreihung in die Besoldungsgruppe, die Gewährung von Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung, die Unterstellung unter das Dienststrafrecht (vgl. Laforet-v. Jan-Schadenfroh, Die Bay. Gem.-, Bez.- u. KreisO. S. 298 ff., 301 ff., 304 ff., 313 ff.).

Wenn der Angekl. in dieser Weise in einem öffentlich-rechtlichen Dienstgewaltverhältnis als Gemeindediener angestellt war, erstreckte sich seine Beamteneigenschaft auf Dienste aller Art, die nach den Vorschriften zu seinem Geschäftskreise, zu den Dienstobliegenheiten eines Gemeindedieners gehören (vgl. RGSt. 60, 139, 140; LpzKomm., 4. Aufl., Anm. 2 zu § 359 StGB.).

Der Begriff des Beamten i. S. des § 359 StGB. umfaßt aber nach der — vom Senat geteilten — neueren Rspr. des RG. nicht nur die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstgewaltverhältnis stehenden Beamten im staatsrechtlichen Sinne, sondern auch solche Personen, die — ohne Begründung eines derartigen Verhältnisses — von einer nach reichs- oder landesrechtlichen Vorschriften zuständigen Stelle durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden öffentlich-rechtlichen Akt zu Dienstverrichtungen berufen werden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken dienen, gleichviel ob die Dienste dem Staat unmittelbar oder einem vermittelnden Träger eines Zweiges der öffentlichen Verwaltung (also z. B. einer Gemeinde) geleistet werden, sofern es sich nicht etwa lediglich um mechanische Hilfstätigkeiten ganz untergeordneter Art handelt, die von dem Wesen der jeweils in Betracht kommenden öffentlichen Aufgabe und des ihr dienenden Betriebs gänzlich unabhängig sind. Auch solche Personen sind unmittelbare oder mittelbare Beamte im strafrechtlichen Sinn. Für sie ist also die Art der Dienste wesent-

---

Zu 3. Der Entsch. liegt eine doppelte Möglichkeit zugrunde: nämlich, entweder ist der Angekl. Beamter im staatsrechtlichen und damit zugleich auch im strafrechtlichen Sinne; oder er besitzt nicht die erstere, sondern allein die letztere Eigenschaft. Je nachdem bietet der Fall eine andere rechtliche Perspektive. Problematisch erscheint er indessen nur, wenn die zweite Möglichkeit gegeben ist.

1. Die rechtlichen Merkmale für das etwaige Vorhandensein eines öffentl.-rechtl. Dienstgewaltverhältnisses zwischen der Gemeinde und dem Angekl., demzufolge diesem die staatsrechtliche Beamtenqualität zukommen würde, sind zutreffend erkannt, jedenfalls in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. (aus neueren Entsch. vgl. vor allem die auch oben zit. in RGSt. 60, 139 f.). Die Beamteneigenschaft dieser Art erstreckt sich, soweit der Geschäftskreis des Betreffenden reicht, gleichgültig um welche Dienstobliegenheiten es sich handelt, höhere oder niedere, geistige oder mechanische (s. LpzKomm. § 359 Note 2), hoheitliche oder nichthoheitliche, haupt- oder nebenamtliche — auf welch letztere vorliegend abzuheben ist. Inhalt und Umfang des Geschäftskreises bestimmen sich nach den dafür maßgebenden Gesetzen, Verordnungen, Verwaltungsverordnungen, Dienstanweisungen u. dgl. Darnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Angekl., wenn überhaupt, Beamter im staatsrechtlichen Sinne auch insoweit ist, als er die fraglichen Krankenkassenbeiträge, Stromgebühren und Zählermieten einkassiert. Daß die Gemeinde sich zu diesen Dienstleistungen „nur“ privatrechtlich verpflichtet hat, spielt keine Rolle. Die Tatsache der echten Beamtenqualität entsprechend den Prinzipien unseres öffentl. (Staats-) Rechtes, die „innere“ Rechtsbeziehung (vgl. Helfritz: JW. 1931, 62) zwischen dem Amtsträger und dem Hoheitsverbande oder -körper, in dessen Dienste dieser steht, präponderiert und verträgt keinerlei Einschränkungen oder Ausnahmen, am wenigsten in strafrechtlicher Hinsicht.

2. Der strafrechtliche Beamtenbegriff ist bekanntlich umfassender. Die jüngere Rspr. des RG. hat den § 359 RStGB. auch für anwendbar erklärt auf gewisse andere Personen, nämlich solche, die berufen sind zur Vornahme von Dienstverrichtungen, welche „aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken dienen“ — das Nähere s. im Text. Dazu nachzutragen ist, daß zuweilen beigefügt wird: Dienstverrichtungen, die ... „mithin das Wesen öffentlicher Amtstätigkeit“ haben (etwa RGSt. 51, 66; 62, 26). Des weiteren wird dann und wann auch verlangt, die fraglichen Verrichtungen müßten öffentlich-rechtlichen Charakter besitzen (RGSt. 52, 310; LZ. 1927, 114 Ziff. 2), und in JW. 1931, 63 l. meint der 1. StrSen. des RG., aus der Staatsgewalt abzuleiten und staatlichen Zwecken dienend seien diese nur, wenn die Stelle oder der Betrieb selbst, in welchem die Dienste geleistet werden, öffentlich-rechtlich geartet seien[1]). Schließlich dürfe es sich nicht nur um Obliegenheiten ganz untergeordneter Art handeln; sie müssen vielmehr zum Wesen des Dienstes oder Betriebes gehören (JW. 1931, 63). Gut und kurz zusammenfassend RGSt. 51, 68. — Weichen die verschiedenen Judikate auch in Einzelheiten untereinander ab, so steht doch fest, daß es hier nicht mehr auf jenes Innenverhältnis, sondern ganz ausschlaggebend auf die Natur der in dem konkreten Fall jeweils vollbrachten Dienste ankommt.

Das obige Urt. verkennt das keineswegs, führt diese Erkenntnis aber nicht konsequent genug durch. Denn es prüft nicht weiter den rechtlichen Charakter der im besonderen in Rede stehenden Verrichtungen — die Einhebung der Beiträge, Gebühren und Mieten — an Hand der angeführten höchstrichterlichen Sätze, sondern stellt seine Argumentation an dem springenden Punkte darauf ab, in welcher Eigenschaft diese, in ihrem Wesen nicht näher geklärten Obliegenheiten dem Angekl. übertragen seien. Ausschlaggebend sei, ob die ihm „überhaupt“, d. h. doch wohl im allgemeinen zugewiesenen Geschäfte aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken dienen. Das muß bei einem Gemeindediener und Leichenwärter allerdings bejaht werden. Aber es ist doch zu fragen, ob gerade auch diejenige Tätigkeit, bei deren Ausübung die Gelder empfangen und unterschlagen worden sind, die von der strafrechtlichen Judikatur, wie dargelegt, geforderte „staatszweckhafte“ Natur besitzt; nur auf sie bezieht sich ja die Beamtenqualität i. S. von § 359 RStGB. Dieser Frage zu untersuchen wäre man nur dann enthoben, würde angenommen werden können (was indessen nicht angeht), wenn der Angekl. in der Hauptsache, regelmäßig und gemeinhin „hoheitliche“ Verrichtungen, um mit einem Worte die beschriebene Art zu kennzeichnen, vornehme, so müsse das auch immer der Fall sein. Gesetzt, der Bürgermeister hätte den Angekl. angewiesen, den Gehweg vor dem Rathaus zu fegen — zweifellos nur eine fiskalische Handlung —, so könnte dieser nach der Ansicht der obigen Entsch. dabei ein Beamtendelikt begehen. Das ist natürlich untragbar. Der strafrechtliche Beamten-

---

[1]) Letzteres kann der Fall sein, trifft aber nicht immer zu. Angestellte AOKrankK. z. B. üben in der Regel solche Aufgaben nicht aus (RGSt. 62, 26), und die „Stelle“ ist doch eine öffentlich-rechtliche. Andererseits besitzt etwa ein von einer Gemeinde in privatrechtlichen Formen betriebenes Gaswerk keinen öffentlich-rechtlichen Charakter, trotzdem nehmen dessen Angestellte unter Umständen Dienstverrichtungen im Sinne der obigen Formel vor (darüber sogleich).

lich. Nicht erforderlich ist aber — entgegen der Meinung des Vorderrichters —, daß es sich um Obliegenheiten handelt, die nur von einem öffentlichen Beamten mit Rechtswirksamkeit vorgenommen werden können, oder um die Übertragung von Rechten, die ihrer Natur nach Staatshoheitsrechte sind (vgl. u. a. RGSt. 60, 139; 62, 24, 188; 63, 116, 162; LZ. 1927, 114[2], 853[3]; DRZ. Rspr. 1928 Nr. 823, 825; JW. 1931, 62[23]).

Für die Frage, ob dem Angekl. von einer zuständigen Stelle durch einen öffentlich-rechtlichen Akt Dienstverrichtungen übertragen waren, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind, und der Verwirklichung staatlicher Zwecke im Dienste einer Gemeinde dienen, ist zu beachten, daß der Angekl. nach dem festgestellten Sachverhalt nicht lediglich als Kassenbote zur Einhebung der hier fraglichen Stromgebühren und Zählermieten der Stadt U. und zur Einhebung der hier in Betracht kommenden Krankenversicherungsbeiträge, sondern daß er als Gemeindediener angestellt und in dieser Eigenschaft vom Bürgermeister nebenbei auch mit der Einhebung der bezeichneten Gelder betraut war. Daher ist nicht ausschlaggebend, ob die Betriebe der Elektrizitätsversorgung und der AOKrankK. F. öffentlich-rechtlicher Natur sind; entscheidend ist vielmehr, ob die dem Angekl. als Geschäftsaufgabe eines Gemeindedieners überhaupt zugewiesenen Dienstverrichtungen aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken mittelbar dienen, ferner, ob der Angekl. als Gemeindediener dienstlich verpflichtet war, auch den dienstlichen Auftrag des Bürgermeisters zur Einhebung jener Gebühren und Beiträge für die Gemeinde auszuführen.

Rechtsirrig sind auch die Erwägungen, aus denen der Vorderrichter angenommen hat, der Angekl. habe die fraglichen Gelder nicht in amtlicher Eigenschaft empfangen. Den Begriff „in amtlicher Eigenschaft empfangen" ist erfüllt, wenn ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen den dienstlichen Obliegenheiten des Beamten (im Sinne der obigen Ausführungen) und der Empfangnahme der Gelder besteht, insbes. wenn der Beamte zur Empfangnahme dienstlich berechtigt oder verpflichtet ist (vgl. LpzKomm., Anm. 3 zu § 350). Ein solcher Zusammenhang ist aber vorhanden, wenn der Beamte von seinem Vorgesetzten mit der Empfangnahme dienstlich beauftragt wird und den Auftrag ausführt (vgl. RG.: GoltdArch. 41, 410).

Es würde sogar genügen, wenn die Schuldner der Gebühren und Beiträge die Gelder an den Angekl. bezahlt haben in der — wenn auch irrigen — Annahme, daß er zum Empfang dienstlich verpflichtet oder berechtigt sei, und wenn der Angekl. in Kenntnis dieser Meinung der Schuldner die Gelder entgegengenommen hat (vgl. LpzKomm., Anm. 6 zu § 350; RGSt. 65, 85, 88).

Es kommt also darauf an, welche dienstlichen Obliegenheiten dem Angekl. zukamen, sei es auf Grund eines bestehenden öffentlich-rechtlichen Dienstgewaltverhältnisses, sei es zufolge der ihm etwa durch einen privatrechtlichen Dienstvertrag übertragenen Verpflichtungen. Wenn es sich um Dienstobliegenheiten handelt, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Verwirklichung staatlicher Zwecke im Dienste der Gemeinde dienten, kommt es auf das innere Verhältnis der Gemeinde V. zur Stadt U. und zur AOKrankK. F. nicht an. In diesem Falle würde es genügen, wenn der Angekl. vom Bürgermeister kraft des Dienstvertrags beauftragt worden ist, die Gelder für die Gemeinde einzuheben, und wenn er den dienstlichen Auftrag angenommen und ausgeführt hat.

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 25. Juni 1931, RevReg. II Nr. 330/31.)

*

4. § 360 Nr. 11 StGB. Auch die Belästigung eines kleinen Ausschnittes der Allgemeinheit genügt, wenn sich nur die Handlung mit ihrer Eignung zur Belästigung nicht gegen einen von vornherein bestimmten und abgegrenzten Kreis von Personen, sondern gegen eine nicht bestimmte und nicht abgegrenzte Mehrheit von Personen richtet. †)

Der Angekl. hat wiederholt die Arbeitersamariterwache, die eine Privateinrichtung ist, aber nach einem mit der Stadt abgeschlossenen Vertrage von dieser unterstützt wurde und dafür verpflichtet war, auf Benachrichtigung Kranke abzuholen und ins Krankenhaus zu schaffen, fernmündlich angerufen und zur Abholung eines Kranken an bestimmte Plätze bestellt. Wenn die Wache mit einem Krankenkraftwagen an die bezeichneten Plätze kam, erfuhr sie, daß sie grundlos gerufen war.

Das AG. hat den Begriff des groben Unfugs nicht verkannt, wenn es annimmt, daß der Tatbestand des § 360 Nr. 11 StGB. eine grob ungebührliche Handlung voraussetze, durch die das Publikum in seiner unbestimmten Allgemeinheit unmittelbar belästigt und gefährdet wird, und zwar dergestalt, daß hierin zugleich eine Verletzung oder Gefährdung des äußeren Bestands der öffentlichen Ordnung zur Erscheinung kommt. Aber seine Erwägungen, mit denen es die objektiven Merkmale der Übertretung verneint, können nicht unbeschränkt als zutreffend angesehen werden.

Zuzustimmen ist der Auffassung, daß die Handlung des Angekl.

---

begriff, der sowieso schon nicht besonders eindeutig gefaßt ist, hat seine, sich aus der Natur der jeweiligen Dienste ergebenden Grenzen und darf über diese hinaus nicht ausgedehnt werden.

Somit ist zu erwägen, was das BayObLG. unterlassen hat, ob die in Betracht stehenden Einhebungen Obliegenheiten sind, die i. S. der vorgetragenen Judikatur „aus der Staatsgewalt abzuleiten sind" ... usw. Bezüglich der Einsammlung der Stromgebühren und Zählermieten, gleichgültig, ob jenes städt. Elektrizitätswerk als Anstalt privat- oder öffentlich-rechtlich betrieben wird, ist dies zu bejahen (LZ. 1927, 114 Ziff. 2 und das dort angez. Urt. d. RG. v. 13. April 1923, IV 652/22; JW. 1931, 62 ff.); bezüglich der Einsammlung der OKrankKBeiträge jedoch zu verneinen, sicherlich nach der Rspr. des RG. (RGSt. 62, 26). Ob diesem letzteren Urteil unbedenklich zu folgen ist, mag dahingestellt bleiben angesichts der Entwicklung auch dieses Teils unserer Sozialversicherung, der gegenüber es zweifelhaft erscheint (und wohl nicht allein von dem Inhalt der für sie maßgebenden positiven Rechtsnormen abhängig gemacht werden kann, wie das RGSt. 51, 67 will), ob es sich dabei heute nicht doch um eine staatliche Aufgabe i. w., d. h. jenem strafrechtlichen Sinne handelt. Aber dieses Urteil ist deshalb für uns wichtig, weil es, wie wir das auch für den vorliegend behandelten Tatbestand fordern, besonders sorgsam erforscht, um welche Art von Dienstverrichtungen es sich handelt: Vorsteher von AOKrankG., so heißt es darin, nehmen im allgemeinen keine mittelbar staatlichen Aufgaben wahr; anders, wenn sie nach § 404 Abs. 4 RVO. zur Vollstreckung berufen sind. In dieser letzteren Eigenschaft — und nur in dieser — findet § 359 RStGB. auf sie Anwendung. Umgekehrt oben. Hier übt der Gemeindediener, wie früher dargelegt, zwar im allgemeinen Verrichtungen der fraglichen Art aus, was die uns im besonderen angehenden Einhebungen betrifft, jedoch (wenigstens zum Teil) nicht. Das Geschäft der Einkassierung der OrtsKrankKBeiträge kann auch nicht dadurch zu einem „staatlichen Zwecken dienenden" i. S. der Formel des RG. werden, weil es von einem Gemeindediener als solchem vorgenommen wird. Andererseits leitet es sich auch nicht aus dieser Tatsache her, daß die Einhebung der Stromgebühren und Zählermieten jenen „hoheitlichen" Charakter trägt; vielmehr kommt dieser der letzteren Tätigkeit an sich, d. h. deren immanenter Natur nach zu und geht nicht verloren, weil das Verhältnis zwischen Gemeinde und OKrankK. bzw. Elektrizitätswerk privatrechtlich gestaltet ist. Er würde ebensowenig verlorengehen, hätte die Leitung des Elektrizitätswerkes damit etwa irgendeinen Privatmann auf Grund eines Privatvertrages betraut.

Das bespr. Urteil gibt somit zu Bedenken Anlaß, weil es bei der Feststellung des strafrechtlichen Beamtenbegriffes, vorausgesetzt, ein öffentlich-rechtliches Dienstgewaltverhältnis liegt nicht vor, a) den Charakter derjenigen Verrichtungen, um die es sich hier dreht, nicht selbständig bestimmt, sondern diese mit den dem Angekl. gemeinhin übertragenen Dienstobliegenheiten in einen Topf wirft, mithin b), soweit die Einkassierung der Beiträge zur OKrankK. in Frage steht, zu einem nicht zu billigenden Ergebnis kommt (und natürlich auch kommen muß). Hinsichtlich der Stromgebühren- und Zählermieteneinsammlung gelangen wir zwar zu dem gleichen Resultat, weichen aber in der Begründung davon ab.

PrivDoz. Dr. Adolf Schüle, Berlin.

Zu 4. I. Zutreffend ist, daß zum groben Unfug eine unmittelbare Wirkung erforderlich ist, die bald, s. Hegler: JW. 1931, 671 Anm. Sp. 1, bez. der Einwirkung auf das Publikum, dessen Gefährdung oder Belästigung (α), bald bez. der Störung des äußeren Bestands der öffentlichen Ordnung (β) gefordert wird. So die durchaus h. M., s. die Zitate bei Hegler a. a. O. und weiter in der ersten Fassung (α) RGSt. 27, 294; 32, 101; 34, 426; RG. Rspr. 10, 305; RMilG. 5, 160; OLG. München 9, 735; BayObLG. 15, 15; 25, 131; 27, 79 u. 82; 28, 20; 29, 20; BayObLG.: JW. 1931, 662[1]; KG.: HöchstRRspr. 1, 48; dass.: Recht 1929, 222 Nr. 915; dass.: JW. 1930, 1232[6]; OLG. Hamburg: JW. 1930, 3441[14]; HansOLG.: HöchstRRspr. 1931 Nr. 77; OLG. Celle: HöchstRRspr. 1, 398; OLG. Naumburg: DRZ. 1927 Nr. 174; v. Liszt-Schmidt, Lehrb. § 190, VI; in der zweiten Fassung (β) RGSt. 19, 295; 36, 214; BayObLG. 26, 208 ff. (α u. β); 27, 74 f. (neben α); OLG. München 7, 167 f.; Schwartz, Komm., 36 zu § 360 (α u. β); F. Frank: GoltdArch. 34, 153. A. M. LpzKomm. XI, 15 Abs. 4 zu § 360 und besonders (in einem dem vorliegenden ähnlichen Fall) OLG. Dresden: JW. 1927, 928[16] (dagegen mit Recht Wegner, Bem. hierzu, i. S. α). Zutreffend ist auch, wie unsere Entsch. ausführt, daß im konkreten Fall darin, daß die Wache grundlos in Anspruch genommen und so ihrer Aufgabe entzogen wurde, eine unmittelbare Gefährdung oder Belästigung des Publikums nicht vorliegt (unmittelbar belästigt wurde dadurch nur die Samariterwache), deshalb unter diesem Gesichtspunkt grober Unfug nicht zu bejahen ist, so auch KG.: Recht a. a. O., dass.: JW. 1930, 1232[6] (in ähnlichen Fällen), a. M. (groben Unfug unter diesem Gesichtspunkt bejahend, weil, s. o., unmittelbare Wirkung nicht verlangend) OLG. Dresden a. a. O., s. aber gegen diese Entsch. (mit Recht!) Wegner: Bem. zu ders. JW. a. a. O., KG.: JW. 1930 a. a. O. und die vorliegende Entsch. Ebensowenig liegt unmittelbare Ge-

nicht unter dem Gesichtspunkte einen groben Unfug darstelle, daß durch sie die Tätigkeit der Samariterwache in Anspruch genommen und die Wache so ihrer Aufgabe entzogen wurde, sich gemeinnützig dem Wohle der Allgemeinheit zu widmen (so in einem ähnlichen Falle Urt. d. OLG. Dresden v. 18. Jan. 1927: JW. 1927, 928). Denn auf diese Weise wurde das Publikum nur mittelbar gefährdet, der Tatbestand des § 360 Nr. 11 StGB. setzt aber eine unmittelbare Gefährdung oder Belästigung des Publikums voraus (KG. v. 27. Nov. 1928: Recht 1929 Nr. 222).

Aus dem gleichen Grunde wäre auch die Feststellung bedeutungslos, daß die Allgemeinheit hinterher, durch die Presse oder auf andere Weise von der Tat des Angekl. unterrichtet, Unwillen und Ärger empfand. Denn auch hier kämen nur mittelbare Wirkungen der Handlung des Angekl. in Frage.

Daß schon durch die vom Angekl. herbeigeführten Fahrten der als Krankenwagen erkennbaren und mit entsprechender Begleitmannschaft versehenen Kraftfahrzeuge eine Beunruhigung oder Belästigung des Publikums erzeugt wurde, läßt sich nicht annehmen. Die Bewegung derartiger Fahrzeuge in den Straßen einer größeren Stadt ist eine so verkehrsübliche und alltägliche Erscheinung, daß sich über den bloßen Anblick kaum jemand aufregen wird. Die Tatsache, über die sich das Publikum ärgern könnte, nämlich daß solche Wagen mutwillig in Bewegung gebracht und grundlos an bestimmte Stellen gerufen sind, ist den Wagen nicht anzusehen und wird durch deren Verkehr in den Straßen selbst der Allgemeinheit nicht bekannt.

Nur für solche Personen konnte diese Tatsache unmittelbar in die Erscheinung treten, die an den Orten wohnten oder sich befanden, an welche die Krankenwagen mutwillig und grundlos geschickt wurden. Diese Personen konnten nicht allein in Ärger versetzt werden über den der Samariterwache gespielten Streich, sondern auch möglicherweise in Erregung geraten durch das Erscheinen eines Krankenwagens bei ihnen. Wenn das AG. dies deshalb als zur Begründung des strafbaren Tatbestands nicht geeignet ansieht, weil keine Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, daß die Wirkung einen größeren, in sich nicht abgeschlossenen Personenkreis ergriffen hätte oder ergreifen hätte können, so ist dies nicht unbedenklich. Es legt die Vermutung nahe, daß das Gericht der Meinung ist, die Unfugshandlung richte sich nur dann gegen die Allgemeinheit, wenn ein größerer Teil der Allgemeinheit von ihr berührt und belästigt werde. Das wäre irrig. Auch die Belästigung eines kleinen Ausschnittes der Allgemeinheit genügt, wenn sich nur die Handlung mit ihrer Eignung zur Belästigung nicht gegen einen von vornherein bestimmten und abgegrenzten Kreis von Personen, sondern gegen eine nicht bestimmte und nicht abgegrenzte Mehrheit von Personen richtet. Nach den Erfahrungen des Lebens liegt es sehr nahe, daß eine Belästigung der Allgemeinheit in diesem Sinne durch das Vorgehen des Angekl. herbeigeführt wurde oder wenigstens herbeigeführt werden konnte. Denn die unmittelbare Kenntnisnahme und Wahrnehmung von der mutwilligen Aufrufung der Samariterwache war nicht auf die Personen beschränkt, zu denen die Krankenwagen geschickt wurden, sondern konnte sich auf Familienangehörige und Dienstboten dieser Personen, auf andere Hauseinwohner, Nachbarn und zufällig an Ort und Stelle befindliche Personen erstrecken. Es konnte also jeweils ein unbeschränkter Kreis von Personen unmittelbar in Ärger versetzt oder auch durch das Erscheinen des Krankenwagens an einer bestimmten Stelle aufgeregt werden. Die Störung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung, die der Tatbestand des groben Unfugs voraussetzt, würde darin ohne weiteres zu finden sein.

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 25. Nov. 1930, RevReg. I Nr. 657/30.)

*

5. § 360 Nr. 13 StGB. Tierquälerei setzt schmerzerregendes Einwirken auf den Körper des Tieres voraus.†)

Der Angekl. hatte einen augenkranken Jagdhund, dessen Erblinden in einigen Monaten der Tierarzt in Aussicht gestellt hatte, auf eine Treibjagd mitgenommen und auf ihn im Zorn einen Schuß auf 25 m Entfernung abgegeben, als der Hund einen

---

fährdung oder Belästigung des Publikums, wie unsere Entsch. richtig ausführt, darin, daß durch nachheriges Bekanntwerden Unwillen und Ärger des Publikums ausgelöst wurde oder werden konnte.

II. Richtig ist auch, daß eine Beunruhigung oder Belästigung des Publikums durch das bloße Fahren der Krankenwagen in den Straßen der Stadt nicht angenommen werden darf.

III. Das OLG. stellt nun aber darauf ab, daß durch das Erscheinen der Krankenwagen unbestimmt welche und wie viele Personen, die gerade an den Orten wohnten oder sich befanden, wohin die Krankenwagen geschickt wurden, unmittelbar in Ärger oder Aufregung versetzt werden konnten. Zutreffend ist und allgemein angenommen wird, daß als „Publikum" i. S. des § 360 Ziff. 11 StGB. auch die in einem abgegrenzten Raum befindlichen Personen in Betracht kommen (z. B. die Bewohner eines Mietshauses, die „Nachbarschaft"), sofern es sich nur um einen nach Zahl und Individualität dem Täter nicht bekannten Personenkreis handelt, die Handlung somit gegen eine nicht bestimmte und nicht abgegrenzte Mehrheit von Personen sich richtet, s. in diesem Sinne RGSt. 13, 366 f. (s. dazu Binding, Lehrb. d. Strafr., Bes. Teil I, 192 A. 1, vgl. 190); RG.: GoltdArch. 37, 200 (dagegen allerdings die Anm. das. 199); KG.: KGE. 3 (1883), 372; dass.: DJZ. 1906, 882; dass.: HöchstRRspr. 1, 258; BayObLG. 6, 132; 28, 129, 200 f. (s. als Gegenbeispiel 159 f.); OLG. München 4, 375; OLG. Dresden: DStrZ. 3, 422; dass.: LZ. 1926, 653[1]; OLG. Naumburg: DRZ. 1927 Nr. 174 (sehr weitgehend); Frank, Komm. XI, 1 zu § 360; LpzKomm. XI, 6 zu § 360; Olshausen, Komm. 1, b, α zu § 360; einschränkend OLG. Celle: HöchstRRspr. 1, 398 (immerhin bei den „Nachbarn" bejahend).

IV. Nicht unbedenklich ist aber, wenn das BayObLG. in unserer Entsch. die „Störung des äußeren Bestands der öffentlichen Ordnung", die (auch nach seiner Ansicht) zum Tatbestand des groben Unfugs erforderlich ist, „ohne weiteres" darin findet, daß ein unbeschränkter Kreis von Personen unmittelbar in Ärger versetzt oder durch das Erscheinen des Krankenwagens an einer bestimmten Stelle aufgeregt werden konnte. In solcher unmittelbaren psychischen Einwirkung auf das „Publikum" kann die unmittelbare Ursache einer Störung oder Gefährdung des äußeren Bestands der öffentlichen Ordnung (s. über den Begriff Hegler a. a. O. 670 Sp. 2) liegen (s. Hegler a. a. O. S. 670 Sp. 2 u., S. 671 Sp. 1), aber es muß dies nicht der Fall sein, und ist nur der Fall, wenn aus dieser psychischen Situation öffentliche Zusammenstöße wörtlicher oder tätlicher Art, panikartiges Gedränge, o. ä. äußerlich sichtbare (s. auch OLG. Hamburg: JW. 1930, 3441[14]) Vorgänge resultieren oder resultieren könnten, durch welche dann erst die öffentliche Ordnung gestört wird oder gestört werden könnte (s. Hegler a. a. O. S. 671 Sp. 1). Daß dies hier gegeben ist, wird in unserer Entsch. nicht dargelegt.

V. Überhaupt ist zu bemerken, daß die Subsumption solcher Fälle der Behelligung, grundlosen Inbewegungsetzung von Polizei, Krankenwagen und ähnlichen gemeinnützigen Einrichtungen unter den „groben Unfug" im Grund etwas Inadäquates ist. Das eigentlich Strafwürdige ist doch eben die Behelligung der Polizei, der Samariterwache usw., nicht die des „Publikums". Dies fällt hier, bei Subsumption unter § 360 Ziff. 11 StGB., ganz unter den Tisch. Abhilfe könnte gegen solche, im Zeitalter des Telephons recht häufige Ungebührlichkeiten (s. die o. zit. Entsch. OLG. Dresden, KG.: Recht a. a. O., dass.: JW. 1930, 1232[6]) nur geschaffen werden durch Aufstellung bzw. Erweiterung landesrechtlicher Bestimmungen, wie Art. 30 BayPolStGB. v. 26. Dez. 1871 (falscher Notruf, Verursachung einer Bewegung der bewaffneten Macht), Art. 17 Ziff. 1 WürttPolStG. (falscher Notruf, Inbewegungsetzung der Obrigkeit oder bewaffneten Macht).

Prof. Dr. Hegler, Tübingen.

Zu 5. Die Verurteilung wegen groben Unfugs ist in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Zunächst fehlt es schon an der Belästigung des Publikums. Warum die an der Treibjagd teilnehmenden Jäger und Treiber keinen geschlossenen Personenkreis bilden sollen, ist unerfindlich. Die besonderen Beziehungen der Teilnehmer werden durch die Treibjagd hergestellt, gleichgültig, wie groß ihre Zahl war; für Außenstehende — nicht eingeladene Jäger, nicht angeworbene Treiber — besteht keine Möglichkeit des Anschlusses. Der Senat, der offenbar die Schwäche der Begründung gefühlt hat, stützt die Öffentlichkeit der Begehung auch auf die Öffentlichkeit des Ortes. Doch auch diese Stütze versagt. Auch eine an einem öffentlichen Ort begangene Handlung ist nur dann grober Unfug, wenn sie das Publikum in seiner Allgemeinheit zu belästigen geeignet ist. Der Charakter des Tatortes als eines öffentlichen oder nichtöffentlichen ist daher grundsätzlich unerheblich (vgl. auch LpzKomm. z. StGB. § 360 Nr. 11 Anm. 12).

Weiter fehlt aber auch die Feststellung einer Störung der äußeren Ordnung. Im wesentlichen übereinstimmend mit der Rspr. des RG. definiert zwar auch das BayObLG. den groben Unfug als ein Handeln, das gegen die allgemeine Verkehrssitte in einer Art verstößt, daß es geeignet ist, die Allgemeinheit unmittelbar physisch oder psychisch erheblich zu belästigen und gleichzeitig den äußeren Bestand der öffentlichen Ordnung zu stören oder zu gefährden (vgl. JW. 1930, 1226 und die dort zit. Entsch.). Aber während das RG. beide Momente: Belästigung des Publikums und Störung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung scharf trennt und in seiner grundliegenden Entsch. RGSt. 31, 185 (193) ausdrücklich darauf hinweist, daß es unstatthaft sei, beides einander gleichzusetzen, vielmehr eine Feststellung erfordert, inwiefern die durch die Handlung erregten Gefühle äußere Betätigung finden, nimmt das BayObLG. diese Gleichsetzung in der vorliegenden Entsch. und auch sonst vor. In der Tatsache der ungebührlichen Belästigung wird zugleich die Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung gefunden, ohne daß auch nur mit einem Worte gesagt wird, inwiefern eine Beeinträchtigung der Freiheit der Bewegung, eine Störung in den äußeren Beziehungen des Publikums eingetreten oder zu erwarten sein könnte (ähnlich wie hier BayObLG.: JW. 1930, 3427; richtig dagegen JW. 1931, 1716).

Zutreffend lehnt der Senat eine Bestrafung wegen Tier-

Hasen nicht gleich sah, und den Hund durch zwei weitere Schüsse auf der Stelle getötet. Dieser Sachverhalt enthält alle Tatbestandsmerkmale einer Übertretung des groben Unfugs nach § 360 Nr. 11 RGSt.

Die an der Treibjagd teilnehmenden Jäger und die als Treiber verwendeten schulpflichtigen Jungen, im ganzen mehr als 25 Personen, bildeten keinen geschlossenen Personenkreis; im übrigen geschah auch die Tat selbst, wie das Urteil feststellt, an öffentlichem Orte. Der Angekl. war sich dessen bewußt. Das Vorgehen des Angekl. war geeignet, die Teilnehmer an der Treibjagd und etwa sonst hinzukommende Personen in ihrem seelischen Empfinden in grob ungebührlicher Weise unmittelbar zu belästigen; schon die Verwendung des augenleidenden Hundes zur Treibjagd, noch mehr das Erschießen des Hundes vor den Augen der Jagdteilnehmer, beides vorsätzliche Handlungen des Angekl., waren, wie das Urteil zutreffend feststellt, für einen Jäger „eine Schande und Roheit", woran auch tatsächlich die Schützen und die Treiber Ärgernis genommen haben. Durch ein derartiges Verhalten wird der äußere Bestand der öffentlichen Ordnung gefährdet. Wenn sich dessen der Angekl. nicht bewußt gewesen sein sollte, so müßte dies auf einen von ihm zu vertretenden Mangel an der gebotenen Überlegung, also auf Fahrlässigkeit, zurückgeführt werden, die hinsichtlich des **Erfolges** der dem Angekl. zur Last gelegten Handlungen nach feststehender Rspr. des RG. und des BayObLG. genügt, um die Annahme einer Übertretung nach § 360 Nr. 11 StGB. zu rechtfertigen (LpzKomm. z. StGB., 4. Aufl., Anm. XI, 21 zu § 360; BayObLGSt. 29, 214).

Dagegen liegt der Tatbestand der Tierquälerei i. S. des § 360 Nr. 13 StGB. nicht vor. Eine wenn auch von Gefühlsroheit zeigende Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Gemütszustand eines Tieres kann sonach nicht als „rohes Mißhandeln" bezeichnet werden, das ein schmerzerregendes Einwirken auf den Körper des Tieres voraussetzt (BayObLGSt. 10, 39). Die Verwirrung, Aufregung und Pein, in welche den Jagdhund seine vergeblichen Bemühungen, es anderen gesunden Hunden gleichzukommen, versetzt haben müssen, sind körperlichen Schmerzen nicht gleichzustellen. Mangel am Mitgefühl, Verständnis und Rücksicht gegenüber den ohnehin vorhandenen Schmerzen des Tieres sind für sich allein noch nicht als rohes Mißhandeln anzusehen.

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 11. Mai 1931, Nr. 241/31.)

Mitgeteilt von I. StA. **Thoma**, Memmingen.

*

6. § 361 Nr. 6 StGB.; § 16 GeschlKrG. **Zum Begriffe des Aufforderns und Sichanbietens zur Unzucht. Belästigung und Ärgerniserregung.** †)

Die der gewerbsmäßigen Unzucht ergebene Angekl. wurde von einem Polizeibeamten beobachtet, wie sie sich abends in der Sch.-Str. auf dem Gehsteig aufstellte, dabei „**keck umhersah**", sich, die Beine übereinanderschlagend, an die Mauer lehnte und durch „**kokettes Ansehen**" der vorübergehenden Männer deren Aufmerksamkeit auf sich zu lenken versuchte. Hierwegen einer Übertretung nach § 361 Nr. 6 StGB. angeklagt, wurde sie mit der Begründung **freigesprochen**, daß in ihrem Gebaren weder eine Verletzung von Sitte oder Anstand noch eine Ärgerniserregung erblickt werden könne und daß sie sich, nur einer allgemeinen Übung der Lohndirnen folgend, jedenfalls einer Verfehlung gegen die Vorschriften nicht bewußt gewesen sei.

Die Rev. des StA. vertritt die Auffassung: Das Verhalten der Angekl. habe zwar keine Belästigung anderer Straßenbenutzer enthalten, weil nicht festgestellt sei, daß sie einen Mann, um Anschluß zu finden, angesprochen habe; es sei aber geeignet gewesen, Sitte und Anstand zu verletzen, da, ganz abgesehen von dem besonders auffallenden Benehmen der Angekl., ein Verstoß gegen Sitte und Anstand schon allgemein darin liege, daß sich eine Dirne in einer belebten Großstadtstraße zur Unzucht erbiete.

Die Rev. hatte Erfolg. Die nunmehrigen Vorschriften über Gewerbsunzucht in der durch § 16 GeschlKrG. begründeten Fassung lassen die gewerbsmäßige Unzucht als solche straflos, bestrafen aber unter anderem Personen, die öffentlich in einer Sitte oder Anstand verletzenden oder andere belästigenden Weise zur Unzucht auffordern oder sich dazu anbieten (§ 361 Nr. 6 StGB.).

Der Angekl. war es bei dem beanstandeten Verhalten um die Ausübung ihres Gewerbes zu tun; sie wollte Männer gewinnen, mit ihr gegen Bezahlung Unzucht zu treiben. Ob in ihrem Handeln ein „Auffordern" oder ein „Sicherbieten" zur Unzucht gesehen wird, ist ohne strafrechtliche Bedeutung. Das Auffordern zur Unzucht und das Sichanbieten zur Unzucht sind nunmehr strafrechtlich völlig gleichwertige Begehungsformen. Weder das eine noch das andere muß durch Worte geschehen, beides kann auch durch Blicke, Gesten und dergleichen erfolgen. Im letzteren Falle wird sich eine genaue Scheidung zwischen den beiden Begriffen kaum treffen lassen, in dem Auffordern wird zugleich ein Sicherbieten und in diesem zugleich jenes liegen.

Das Begriffsmerkmal der „Öffentlichkeit der Tatbegehung" ist unstreitig gegeben (vgl. hierüber BayObLG. 28, 64 = DJZ. 1928, 1026).

Fraglich ist nur, ob das öffentliche Auffordern oder Sicherbieten zur Unzucht „in einer Sitte oder Anstand verletzenden oder andere belästigenden Weise" geschah.

Das Gesetz stellt hier objektive Merkmale für die Beurteilung der Tathandlung auf. Die Art und Weise der Tatausführung muß sachlich gegen Sitte oder Anstand verstoßen oder geeignet sein, andere zu belästigen; ob im einzelnen Falle wirklich jemand an der Handlung Anstoß genommen hat oder durch sie belästigt worden ist, bleibt ohne Belang (LpzKomm. § 361 Anm. VI, 2, 3; **Olshausen**, StGB. § 361 Anm. 6; **Schäfer-Lehmann**, GeschlKrG. § 16 Anm. 21 a, b; BayObLG. 28, 64; OLG. Hamburg: JW. 1928, 426). Der teilweise abweichenden Auffassung **Hellwigs**, GeschlKrG. § 16 Anm. 8 a. E., kann nicht beigepflichtet werden.

---

quälerei ab. Diese Bestimmung dient zwar dem Schutz menschlicher Empfindungen. Aber eine Ärgerniserregung durch Tierbehandlung genügt nur dann, wenn sie in Quälen oder Mißhandeln eines Tieres besteht. Beide Begriffe erfordern aber die Zufügung erheblicher körperlicher Schmerzen oder Leiden. Das BayObLG. hält sich damit im Rahmen seiner in BayObLGSt. 10, 39 niedergelegten Auffassung, die allgemein Billigung gefunden hat (vgl. Frank, Komm. zu § 360 Nr. 13; LpzKomm. Anm. 4 zu § 360 Nr. 13).

Prof. Dr. v. **Weber**, Jena.

Zu 6. 1. Es ist zweifellos richtig, daß das Gesetz sich **nicht** auf den Standpunkt gestellt hat, daß **jede** öffentliche Unzuchtswerbung in Form einer Aufforderung oder in der Form des Sicherbietens **ohne weiteres** gegen Sitte und Anstand verstößt, daß vielmehr **besondere Umstände** hinzukommen müssen, um eine solche öffentliche Unzuchtswerbung strafbar zu machen. Richtig ist es unbestritten auch, daß es **nicht** erforderlich ist, daß der Angesprochene oder ein Dritter, der die Unzuchtswerbung mitangehört oder mitangesehen hat, sich in seinem sittlichen Gefühl oder in seinem Gefühl für Anstand **verletzt gefühlt hat**; es genügt vielmehr, daß die Aufforderung usw. in einer „**Sitte oder Anstand verletzenden Weise**" erfolgt ist. Ob eine solche Verletzung objektiv eingetreten ist oder nicht, kann unabhängig davon beurteilt werden, ob einer der Zeugen sich subjektiv verletzt gefühlt hat. Insofern stellt das Gesetz **objektive** Merkmale für die Beurteilung der Tathandlung auf. (Ebenso OLG. Dresden v. 4. Juli 1928: JW. 1928, 3007, das auch mit Recht betont, daß Sitte und Anstand wirklich verletzt werden müssen und daß eine bloße **Gefährdung** von Sitte und Anstand nicht genüge. Diese Entsch. wird gebilligt von **Mittermaier** in Anm.) Damit ist aber nicht gesagt, daß ein **absoluter** Maßstab angelegt werden muß. Es verträgt sich vielmehr mit der objektiven Beurteilung durchaus, daß es auf die **örtlichen und zeitlichen Umstände** abgestellt wird. Es ist daher auch kein Widerspruch, wenn die Entsch. sagt, die Beurteilung werde anders sein, wenn es sich um ein Lokal eindeutigen Charakters handele, in dem anderes nicht gesucht und erwartet werde, als wenn es sich um eine vom allgemeinen Verkehr belebte Straße innerhalb der Verkehrszeit handle.

Auf einen anderen Standpunkt hat sich OLG. Hamburg in einer Entsch. v. 28. Nov. 1927 (JW. 1928, 426) gestellt; es führt dort aus, es komme nicht darauf an, ob das Auffordern in einer Gegend geschehe, in der solches Benehmen im allgemeinen nicht als anstößig wirke oder doch nicht so stark wie in anderen Gegenden; das Gesetz wolle die Straße überall von anstößigem Gebaren freihalten. Das ist eine Überspannung. Von diesem Standpunkt aus dürften dann auch nicht besonders **hohe** Anforderungen gestellt werden, wenn die Aufforderung an bestimmten Orten geschieht, etwa in Kirchen oder auf Friedhöfen. Mit vollem Recht hat aber BayObLG. in der Entsch. v. 13. März 1928 (JW. 1928, 2996) **jegliche** öffentliche Aufforderung zur Unzucht **an solchen Orten**, auch wenn sie in ihrer sprachlichen Einkleidung oder durch begleitende Gebärden oder durch sonstige Umstände im allgemeinen nicht als anstößig angesehen werden könnte, als Sitte und Anstand verletzend erklärt.

2. Die Frage, ob eine Aufforderung in einer „**andere belästigenden Weise**" schon dann erfolgt, wenn die Art und Weise, wie die Aufforderung erfolgt, **geeignet** ist, andere zu verletzen (so die herrschende Meinung) oder ob es erforderlich ist, daß ein anderer **wirklich belästigt** worden ist, wenngleich nicht notwendig der Angesprochene (so **Hellwig**, Komm., S. 327; **Adler**, Komm., S. 100 Anm. 21; **Geyer-Moses**, GeschlKrG., Berlin 1927, S. 57 Ziff. 3), ist streitig. Nach nochmaliger Nachprüfung muß ich dabei bleiben, daß der Wortlaut mir so eindeutig zu sein scheint, daß eine Auslegung i. S. der herrschenden Meinung mir nicht möglich ist. Die praktische Tragweite scheint mir aber nicht erheblich, da in denjenigen Fällen, in denen eine Belästigung tatsächlich nicht eingetreten ist oder doch nicht nachgewiesen werden kann, soweit ein Schutzinteresse gegeben ist, wohl immer die Aufforderung in einer Sitte oder Anstand verletzenden Weise erfolgt sein wird.

3. Beizutreten ist der Entsch. darin, daß auch die zweite Alternative **von Amts wegen zu prüfen** war, obwohl der Er-

Die Abgrenzung der Voraussetzungen, unter denen das öffentliche Auffordern oder Sicherbieten zur Unzucht Sitte und Anstand verletzt, begegnet Schwierigkeiten. Es kann recht wohl die Auffassung vertreten werden, daß jede öffentliche Unzuchtswerbung, sowohl in der Form der Aufforderung wie in der Form des Anerbietens, gegen Sitte und Anstand verstößt, wie diese Begriffe wenigstens von dem Großteile der deutschen Volksgemeinschaft verstanden werden. Diese Anschauung ist auch bei der Gesetzesberatung, wenigstens bezüglich der öffentlichen Aufforderung zur Unzucht, mehrfach ausgesprochen worden (Verh. d. RT. Bd. 377 S. 6759). Allein der Gesetzgeber hat einen anderen Standpunkt eingenommen. Die öffentliche Werbung zur Unzucht ist für sich allein straflos. Sie wird nur dann strafbar, wenn sie sich in der äußeren Art der Ausübung über die Anforderungen hinwegsetzt, die auch in dem durch die grundsätzliche gesetzliche Duldung gezogenen engeren Rahmen noch vom Gesichtspunkte der äußeren Wohlanständigkeit und der Schicklichkeit im öffentlichen Verkehr gestellt werden können und von dem gesunden Anstands- und Schicklichkeitsgefühl der Allgemeinheit gestellt werden. Die Merkmale, die Anstands- und Sittenwidrigkeit in diesem Sinne zu begründen geeignet sind, können, wie im Urt. des Sen. v. 13. März 1928 (BayObLG. 28, 64) ausgeführt ist, in der sprachlichen oder gebärdlichen Einkleidung der Werbung oder auch in äußeren Begleitumständen liegen. Wohlanständigkeit und Schicklichkeit gestatten nicht, daß die der Gewerbsunzucht nachgehenden Dirnen versuchen, durch beabsichtigt auffälliges, auf die Erregung von Aufsehen abzielendes oder herausforderndes Benehmen sich im öffentlichen Verkehr besonders bemerkbar zu machen und der Beachtung aufzudrängen. Es kann also darin, daß eine Dirne mit übereinandergeschlagenen Beinen sich an die Hauswand lehnt und mit koketten, d. i. doch wohl herausfordernden, Blicken die Aufmerksamkeit der vorübergehenden Männer auf sich zu lenken sucht, sehr wohl eine anstands- und sittenwidrige Art der Ausübung der Prostitution erblickt werden. Allerdings kommt es für diese Beurteilung auf die vom Tatrichter zu würdigenden Umstände des einzelnen Falles, namentlich auch auf die Örtlichkeit und die Umwelt an, in denen der Vorgang sich abspielt. Die Beurteilung wird anders sein, wenn es sich um ein Lokal eindeutigen Charakters, in dem anderes nicht gesucht und nicht erwartet wird, und wenn es sich um eine vom allgemeinen Verkehre belebte Straße innerhalb der Verkehrszeit handelt.

Der Erstrichter hat insofern geirrt, als er an die Stelle des gesetzlichen Tatbestandsmerkmales der Belästigung den in das Gesetz nicht aufgenommenen Begriff der Ärgerniserregung gesetzt hat. Die beiden Begriffe sind keineswegs gleich. Nicht alles, was als lästig, d. i. als eine unangemessene Störung oder als Beschwerung, empfunden wird, muß auch ärgerniserregend wirken. Das StGB. verwendet den Begriff der Ärgerniserregung in den §§ 166, 183, 360 Nr. 13 und versteht hier unter Ärgernis eine Verletzung des religiösen Gefühls, des sittlichen Gefühls, in geschlechtlicher Beziehung und des allgemeinen sittlichen Gefühls. Es muß angenommen werden, daß auch der Erstrichter seinen Ausführungen diesen Begriff zugrunde gelegt hat. Dann spricht er aber mit der Verneinung der Ärgerniserregung der Handlungsweise der Angekl. ein Merkmal ab, das nach dem Gesetze nicht Voraussetzung der Strafbarkeit ist. Damit wird zugleich der Anschein eines weiteren Rechtsirrtums erweckt. Wo das StGB. die Ärgerniserregung zum Tatbestandsmerkmal gemacht hat, ist die Straftat nur begangen, wenn wirklich jemand in seinem religiösen oder sittlichen Gefühle verletzt worden ist; es genügt nicht, daß die Tat nur geeignet war, solche Gefühle zu verletzen (wie z. B. der § 56 Abs. 2 Nr. 12 GewO. bestimmt). Wenn der Erstrichter von dem Erfordernisse der Ärgerniserregung ausgegangen ist, liegt die durch seine Ausführungen jedenfalls nicht widerlegte Vermutung nahe, daß er die Übertretung des § 361 Nr. 6 StGB. in dieser Hinsicht als Erfolgsdelikt behandelt und verkannt hat, daß sie lediglich ein Gefährdungsdelikt darstellt und daß es, wie dies oben bereits dargelegt ist, zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes schon genügt, wenn die Art und Weise der Aufforderung oder Erbietung zur Unzucht geeignet ist, andere zu belästigen.

Hätte sich der Erstrichter die Frage vorgelegt, ob die Angekl. öffentlich in einer andere belästigenden Weise zur Unzucht aufgefordert oder sich dazu angeboten hat, ob also ihr Verhalten geeignet war, andere zu belästigen, so hätte er sehr wohl zu einer Bejahung der Schuldfrage auch nach dieser Richtung gelangen können. Wenn in einer in der Form nicht anstößigen wörtlichen Aufforderung der Dirne an einen Mann, der weder durch Wort noch Verhalten zu erkennen oder Anlaß zu der Annahme gegeben hat, daß er eine solche

---

öffnungsbeschluß nur eine in Sitte und Anstand verletzender Weise, nicht aber eine in einer andere belästigender Weise erfolgte Aufforderung angenommen hatte.

4. Zutreffend ist es auch, daß eine Aufforderung, die in einer andere belästigenden Weise erfolgt, nicht notgedrungen auch in ärgerniserregender Form erfolgen muß, daß beide Begriffe einander also nicht gleichgesetzt werden dürfen. Dagegen kann man der Entsch. insofern nicht beitreten, als sie auch insoweit § 360 Ziff. 6 als ein Gefährdungsdelikt bezeichnet.

5. Eine starke Überspannung aber bedeutet es, wenn die Entsch. den Satz aufstellt, daß die Angekl., die ja nur „keck umhergesehen", sich, die Beine übereinanderschlagend, an die Mauer gelehnt und durch „kokettes Ansehen" der vorübergehenden Männer deren Aufmerksamkeit auf sich zu lenken versucht hatte, die also keinen Mann angesprochen hatte, dadurch schon unbestreitbar „vorübergehende und von der Angekl. zum Ziel ihrer Blicke genommene Männer belästigen konnte". Gewiß ist es nicht jedem Mann gleichgültig, wenn er als geeignetes Objekt für die Absichten einer Straßendirne betrachtet und behandelt wird, aber man darf doch nicht übersehen, daß das Gesetz unverkennbar auf dem Standpunkt steht, daß nicht jede öffentliche Aufforderung zur Unzucht ohne weiteres andere belästigt. Der Standpunkt des OLG. Dresden müßte aber dazu führen, daß tatsächlich keinerlei Aufforderung zur Unzucht erfolgen kann, ohne daß dies in einer andere belästigenden Weise geschieht. Denn schließlich kann die Dirne es nicht jedem Mann an der Nase ansehen, ob er sich belästigt fühlen wird, wenn sie ihn „keck ansieht" oder ob er sich vielleicht sogar geschmeichelt fühlen wird. Und selbst, wenn sich der in Aussicht genommene „Freier" nicht belästigt fühlen sollte, so würde es ja durchaus genügen, daß sich irgendein dritter Passant, der selbst gar nicht „keck angesehen" worden ist, vielleicht sogar, weil er von der Dirne keines Blicks gewürdigt worden ist, sich durch das Umherblicken der Dirne belästigt fühlt. Ja, nach der von dem OLG. Dresden geteilten herrschenden Anschauung ist es ja nicht einmal erforderlich, daß irgend jemand sich tatsächlich belästigt gefühlt hat, sondern es genügt, daß bei objektiver Prüfung der Richter zu dem Ergebnis gelangt, daß die Art der Aufforderung geeignet war, einen anderen zu belästigen. Wenn man schon die geschilderte Art der Aufforderung als eine solche ansieht, die in einer andere belästigenden Weise erfolgt ist, dann wüßte ich wirklich nicht, wie es möglich sein sollte für Dirnen, einen Verstoß gegen § 360 Ziff. 6 zu vermeiden. Auf dem gleichen Standpunkt wie in dieser Entsch. steht das BayObLG. in der Entsch. v. 13. März 1928 (JW. 1928, 2995), das eine Belästigung schon in einer der Form nach nicht anstößigen Aufforderung an einen Mann sieht, der weder durch Worte noch durch sein Verhalten zu erkennen gegeben oder Anlaß zu der Annahme gegeben hat, daß er ein solches Ansprechen wünsche oder an ihm wenigstens keinen Anstoß nehme. Auch das Urteil des RG. v. 2. März 1928 (GoltdArch. 72, 187) gehört hierher. Nach ihm genügt es, wenn die Frau am offenen Fenster steht und versucht, fast jeden vorüberkommenden Mann anzulocken.

Diese Rspr. scheint mir alte Anschauungen, über deren Berechtigung oder Nichtberechtigung ich ein Urteil nicht abgeben will, die aber zweifellos dem geltenden Recht nicht entsprechen, wieder zum Leben zu erwecken. Es ist dabei vielleicht an die Kehrseite der Medaille nicht gedacht worden. Die neue Strafbestimmung richtet sich ja nicht nur gegen Dirnen, sondern gegen jedermann, auch gegen Männer. Wendet man die rigorose Auffassung des OLG. Dresden auch auf Männer an, die jungen oder älteren Damen auf öffentlichen Straßen nachsteigen, sie „keck ansehen", um sich ihnen zu nähern in deutlich erkennbarer Absicht, so würden auch sie sich ohne weiteres strafbar machen.

6. Für verfehlt halte ich es auch, wenn darauf Gewicht gelegt wird, daß sich in der betreffenden Straße zahlreiche Dirnen aufhalten. Das könnte unter Umständen wohl dazu führen, an das Verhalten der Dirnen in diesen Straßen einen weniger strengen Maßstab anzulegen als in anderen Straßen, darf aber nicht benutzt werden, um ein Verhalten, das sonst nicht als anstößig empfunden wird, zu einem strafbaren Tun zu stempeln.

7. Was die Schuldform anbetrifft, so verlangen Schäfer-Lehmann, Komm. S. 217, Vorsatz, der sich aber nur auf die Handlung selbst, darauf, daß sie öffentlich vorgenommen wird und daß sie geeignet ist, Sitte und Anstand zu verletzen oder andere zu belästigen, erstrecken muß. Dannemann, Die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928, S. 97, verlangt darüber hinaus das Bewußtsein, daß die Handlung objektiv als ein Anerbieten zur „Unzucht" aufzufassen sei. Hellwig, Komm. S. 327, und Adler, Komm. S. 99 Anm. 19, erklären Vorsatz für erforderlich, wobei Adler darauf hinweist, daß Eventualvorsatz genüge. Auf dem Standpunkt, daß Vorsatz erforderlich sei, steht auch OLG. Hamburg in Entsch. v. 16. April 1928 (JW. 1928, 2285). Das BayObLG. (Entsch. v. 13. März 1928: JW. 1928, 2996) und OLG. Dresden (Entsch. v. 15. Aug. 1928: JW. 1928, 3264) halten Vorsatz nur für die Aufforderung und für das Anerbieten für notwendig; OLG. Dresden betont, daß auch das Bewußtsein der Öffentlichkeit des Tuns vorliegen muß. Dagegen halten beide Gerichte es für ausreichend, wenn der Täter es fahrlässigerweise nicht erkannt hat, daß sein Tun Sitte oder Anstand zu verletzen oder andere zu belästigen geeignet war.

Es handelt sich also um die Frage, ob der Dirne nachgewiesen werden muß, daß sie gewußt hat, daß ihre Handlung geeignet war, Sitte und Anstand zu verletzen oder daß sie geeignet war, andere zu belästigen oder ob es genügt, daß sie diese Eignung fahrlässigerweise nicht erkannt hat. Dagegen ist es, auch wenn man schlechthin Vorsatz für erforderlich hält, nicht erforderlich, daß die Dirne erkannt hat, daß eine Verletzung von Sitte und Anstand auch tat-

Ansprache wünsche oder an ihr wenigstens keinen Anstoß nehmen werde, ein Verhalten i. S. des § 361 Nr. 6 StGB. zu finden ist (BayObLG. 28, 64), so kann unter den gleichen Voraussetzungen auch die Aufforderung oder das Sicherbieten zur Unzucht durch dem einzelnen zugeworfene und in ihrer Bedeutung unverkennbare Blicke als ein solches erachtet werden. Bei dieser Erwägung wäre auch noch die festgestellte besondere Art zu berücksichtigen gewesen, in der die Angekl. Männer zu gewinnen suchte.

Selbst wenn man ihrem Verhalten die objektive Eignung, den Anstand zu verletzen, absprechen würde, wird nicht zu bestreiten sein, daß es vorübergehende und von der Angekl. zum Ziel ihrer Blicke genommene Männer belästigen konnte. Nicht jedem Manne ist es gleichgültig, sich als geeignetes Objekt für die Absichten einer Straßendirne betrachtet und behandelt zu sehen. Es kommt noch ein sehr wesentlicher Umstand hinzu. Es ist gerichtsbekannt und mehrfach beklagt, daß sich gerade in der Sch.-Str. und in anderen beim Bahnhof und in der Nähe verschiedener Gaststätten und Fremdenherbergen gelegenen Straßen die Dirnen in größerer Zahl zusammenfinden, um daselbst ihrem Gewerbe nachzugehen. Daß ein derartig sich breitmachendes Dirnenunwesen, eine solche Zusammenhäufung zur Unzucht einladender Frauenspersonen an einzelnen Stellen, eine Erscheinung, die bekanntlich von einem nicht immer harmlosen Zuhälterunwesen begleitet ist, Fremde und Einheimische, die nachts in Ruhe und Frieden ihres Weges gehen möchten, belästigen und selbst zum Meiden solcher Straßen bestimmen kann, läßt sich nicht verkennen. Wenn auch die einzelne Dirne solche Folgen nicht allein herbeiführt, so muß sie doch dafür mit verantwortlich gemacht werden, wenn sie bewußt, in Kenntnis von dem Zusammenscharen und Treiben der Erwerbsgenossinnen, sich daran beteiligt und so den Mißstand mitverschuldet.

Wenn der Erstrichter schließlich noch den inneren Tatbestand verneint, so scheint er auch nach dieser Richtung die rechtliche Natur der in Frage stehenden Übertretung verkannt zu haben. Es muß wohl nach dem begrifflichen Inhalt und Wesen der Aufforderung oder Erbietung zur Unzucht die äußere Tathandlung vorsätzlich begangen sein, aber für die übrigen Merkmale des Tatbestands kann mehr als Fahrlässigkeit nicht verlangt werden (BayObLG. 28, 64, Urteil v. 18. Juni 1929, RevReg. I Nr. 363/1929).

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 5. Nov. 1929, RevReg. I Nr. 586/29.)

*

7. § 55 GewO.; Art. 1, 16, 20 BayHausStG. **Reine Reklame- und Werbetätigkeit ist nicht Aufsuchen von Bestellungen.** †)

Der Begriff des Aufsuchens von Warenbestellungen i. S. des Art. 1 Nr. 3 BayHausStG. ist von der StrK. nicht verkannt worden. Den Feststellungen ist zu entnehmen, daß die Angekl. O. sich darauf beschränkt hat, den fraglichen Malzkaffee den Hausfrauen zu empfehlen und diese mit der zweckmäßigsten Art der Zubereitung und den Eigenschaften des Kaffees durch Probekochen, Verteilung von Kostproben und Prospekten bekanntzumachen, ohne auch nur in einem Falle eine Tätigkeit zu entfalten, die auf die Erwirkung einer Bestellung unmittelbar abgezielt hätte. Die genannte Angekl. hat den Hausfrauen von vornherein ausdrücklich erklärt, daß sie Bestellungen nicht suche und auch nicht entgegennehme, und hat auf die Frage, wo der fragliche Malzkaffee zu kaufen sei, jeweils nur angegeben, daß er in allen Lebensmittelgeschäften zu haben sei; sie hat also die Hausfrauen auf den direkten Einkauf in den Geschäften verwiesen. In dieser Tätigkeit, die eine reine Reklame- und Werbetätigkeit darstellt, kann ein Aufsuchen von Bestellungen nicht erblickt werden (vgl. auch Urteil des KG. v. 24. März 1930: JFG. ErgBd. 10, 294 und Urt. dess. Ger. v. 19. Juni 1930: DRZ. 1930 Rspr. Nr. 642). Der in dem

---

sächlich eintreten werde oder daß eine Belästigung anderer auch tatsächlich erfolgen werde. Dies auch dann nicht, wenn man mit mir in objektiver Beziehung verlangt, daß eine Belästigung tatsächlich erfolgt ist. Ich sehe keinen zwingenden Grund, bei der Auslegung dieser Strafbestimmung anders vorzugehen als bei der Auslegung anderer Strafbestimmungen. Auch hier muß sich der Vorsatz auf *sämtliche* objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken. Der Täter muß also auch erkennen, daß seine Handlungsweise geeignet ist, Sitte und Anstand zu verletzen oder andere zu belästigen. Eventueller Vorsatz genügt, nicht dagegen Fahrlässigkeit.

8. Zum Schluß noch eine grundsätzliche Bemerkung. Wenn Gerichte und Kommentatoren bei der Auslegung der Bestimmungen § 361 Ziff. 6 und 6a besonders weit auseinandergehen, so scheint mir dies zu einem guten Teil auf das *bewußte oder unbewußte Mitwirken der weltanschaulichen zustimmenden oder ablehnenden Einstellung* gegenüber der Regelung des Gesetzes zurückzuführen zu sein. Ganz besonders kraß wird diese unbewußte Quelle anscheinend rein logischer Erörterungen klar bei den teilweise erregten Diskussionen von Ärzten, Wohlfahrtsbeamten, Mitgliedern von Sittlichkeitsvereinen und anderen Laien über diese Fragen; doch kann man auch bei den vorsichtigeren Erörterungen von Juristen mitunter deutlich diese Quelle erkennen. Es ist schwer, sich dagegen zu schützen, ja vielleicht ist es sogar nur bis zu einem gewissen Grade wünschenswert, den weltanschaulichen Gesichtspunkt ganz auszuschalten. Ähnliches wie hier kann man auch sonst bei der Auslegung von Gesetzen, insbes. von Strafgesetzen, feststellen, und zwar nicht nur bei literarischen Äußerungen, sondern auch in den Beratungszimmern der Gerichte.

LGDir. Dr. *Albert Hellwig*, Potsdam.

Zu 7. „Die Grenze zwischen Geschäftsreklame und Aufsuchen von Bestellungen ist ... nur von Fall zu Fall zu ziehen“, *Landmann*, Komm. z. GewO., 8. Aufl., § 55 Anm. 9. Wegen einer Reihe älterer Entsch. wird auf *Landmann* verwiesen, insbes. auch auf KG.: KGJ. 38, C 20 ff.

Den Bestimmungen des § 55 GewO. sind die Wandergewerbesteuergesetze der einzelnen Länder, insbes. das bay. Ges. über die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen, nachgebildet. Das Gesetz datiert v. 10. März 1879, ist aber mehrfach abgeändert worden und in seiner neuesten Fassung zusammenhängend im GVBl. für den Freistaat Bayern 1921, 439 ff. veröffentlicht. Einige Abänderungen, die aber hier nicht interessieren, sind 1924 ergangen (GVBl. für den Freistaat Bayern 1924, 240).

Art. 1 lautet: „Wer außerhalb seines Wohnortes, ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person ... 3. Warenbestellungen aufsuchen ... will, unterliegt der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen ...“

Der Begriff des Aufsuchens von Warenbestellungen bietet Veranlassung zum Streit. Das BayObLG. hat mit Recht in dem im Urteil geschilderten Tatbestand ein Aufsuchen von Warenbestellungen nicht erblickt, sondern nur eine reine Reklame- und Werbetätigkeit für Verbreitung des Malzkaffees durch Vorführung, Probekochen des Kaffees, Verteilung von Kostproben usw. Von Bedeutung ist, daß die von der Firma mit solchen Vorführungen beauftragte Dame Bestellungen nicht entgegengenommen, auch nicht auf eine bestimmte Bezugsquelle hingewiesen, sondern lediglich erklärt hat, daß der Malzkaffee in allen einschlägigen Lebensmittelgeschäften zu haben sei.

Der Fall unterscheidet sich insofern wesentlich von einigen anderen Fällen, die in letzter Zeit Gegenstand der Beurteilung durch die Obergerichte gewesen sind.

Zunächst wird mit Recht die Sachlage in dem Fall, den BayObLG.: BayObLGSt. 29, 22 entschieden hat, als anders gelagert bezeichnet. Hier hatte ein von einem Bezirksvertreter einer Margarinefabrik angestellter Reisender Privatpersonen von Haus zu Haus aufgesucht, diese für Margarine zu interessieren versucht und sie dabei zum Bezug auf eine bestimmte Verteilungsstelle von Margarine dieses Fabrikates hingewiesen, die — was aber hier nicht näher interessiert — in der Entsch. als eine gewerbliche Niederlassung nicht anerkannt worden ist. Das BayObLG. ist der Auffassung, daß der Reisende bestrebt war, durch seine Verhandlungen alsbaldige Bestellung herbeizuführen. Es sieht in seiner Tätigkeit eine vorbereitende für das Aufsuchen von Bestellungen, die die Hauptsache beim Zustandekommen der Bestellungen überhaupt gewesen ist.

Kann man dieser Entsch. zustimmen und das ganze Verhalten als einen Versuch der Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen ansehen, so ergeben sich schon eher Bedenken bei dem Fall, den das KG. am 24. März 1930 zu § 3 PrGes. vom 3. Juni 1876 über die Besteuerung des Gewerbebetriebes im Umherziehen beurteilt hat (KGJ. ErgBd. 10, 294 ff.).

Zum Zwecke des Vertriebs von Waschmitteln hatte eine Firma durch Veranstaltung von Probewäschen und Anpreisung der Erzeugnisse geworben, und zwar dadurch, daß sie eine Dame von Haus zu Haus schickte. Diese hatte im Einzelfalle auf besonderen Wunsch im nächsten einschlägigen Geschäft das Erzeugnis eingekauft und es alsdann der Hausfrau unter Berechnung des Ladenpreises überbracht. Das KG. führt dazu aus, daß dieses Verhalten, insbes. die Vorführung, über die bloße Anpreisung hinausgeht und zum Aufsuchen von Bestellungen wird, weil „sie erkennbar den Zweck verfolgte, von dem Kunden gleich solche Bestellungen zu erlangen und entgegenzunehmen“. Aus dem Tatbestand folgert das KG., daß die Absicht von vornherein darauf ging, im Anschluß an die Werbung das angepriesene Erzeugnis sofort zu liefern. Das aber wird als ein Aufsuchen von Warenbestellungen erachtet.

Die Entsch. stimmt überein mit zwei Entsch. des KG. vom 7. Mai 1928 und v. 29. Okt. 1928: StArch. 1928, 220, 381. In beiden Fällen handelt es sich um Staubsauger. Es wurden Privatpersonen aufgesucht und durch Verteilung von Reklameschriften für eine bestimmte Art von Staubsaugern interessiert. Die Vorführung erfolgte erst auf Grund der dabei ermittelten Adressen durch einen anderen Angestellten der Firma, der zur Entgegennahme von Bestellungen ermächtigt war.

Sämtliche Fälle liegen also wesentlich anders als der in der besprochenen Entsch. behandelte Fall.

Mit der Entsch. des BayObLG. stimmt überein KG.: DRZ. 22 (1930), Rspr. 642.

RA. Dr. *Clovis Clad*, Leipzig.

Urt. des BayObLG. v. 28. Jan. 1929 entschiedene Fall (vgl. BayObLGSt. 29, 22) war anders gelagert.

Ist aber hiernach von der Angekl. O. ein Vergehen nach Art. 16 HausStG. nicht begangen worden, so kann auch eine Bestrafung des Auftraggebers nach Art. 20 HausStG. nicht eintreten.

(BayObLG., StrSen., Urt. v. 8. Juni 1931, RevReg. II Nr. 304/31.)

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Kiel.

1. Ausplaudern von Intimitäten des ehelichen Verkehrs ist grundsätzlich eine schwere Eheverfehlung i. S. des § 1568 BGB.

Es ist nicht nur eine selbstverständliche moralische, sondern auch Rechtspflicht eines jeden Ehegatten, Vorfälle des ehelichen Schlafgemachs und Vorgänge aus der höchst persönlichen Sexualsphäre des anderen Ehegatten nicht auszuplaudern. Nur ganz ausnahmsweise, so etwa, wenn die sonst hilflose Ehefrau, um ihr Herz zu erleichtern, nahen Verwandten, z. B. Eltern oder Geschwistern, ihr eheliches Mißgeschick anvertraut und hierbei notgedrungen Vorkommnisse aus der Sexualsphäre des Ehemannes schildert, kann ein solches Verhalten in einem milderen Lichte und nicht als Verstoß gegen § 1568 BGB. erscheinen.

(OLG. Kiel, 4. ZivSen., Urt. v. 8. April 1931, 4 U 116/30.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Bovensiepen, Kiel.

*

Königsberg.

2. § 547 ZPO. Die Wiederholung der einfachen Beschwerde mit derselben Begründung ist unzulässig.

Nach Zurückweisung seiner Beschw. durch den Sen. hat der BeschwF. erneut gegen den Beschl. des LG. die einfache Beschw. eingelegt. Ob ein Beschl. des LG. nach Zurückweisung der einfachen Beschw. überhaupt noch anfechtbar ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls würde es den allgemeinen Grundsätzen über das Wesen der Rechtsmittel widersprechen, wenn eine nach Prüfung der Sache zurückgewiesene Beschw. beliebig mit denselben Tatsachen und Ausführungen erneuert und das BeschwGer. zur nochmaligen Prüfung derselben Beschw. genötigt werden könnte. Deshalb muß aber für den vorliegenden Fall gelten, daß der BeschwF. seine frühere Beschw. gar nicht gerechtfertigt hatte und sich in seiner erneuten Beschw. darauf beschränkt, die Gründe des Beschl. des LG. und die des Sen. anzugreifen.

(OLG. Königsberg, Beschl. v. 20. April 1931, 7 W 414/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg i. Pr.

---

b) Strafsachen.

I. Materielles Strafrecht.

1. Strafgesetzbuch.

Berlin.

3. § 360 Ziff. 8 StGB. Regierungsbaumeister ohne den Zusatz „a. D." als unbefugte Titelannahme.

Der Titel RegBaumeister ist durch die sog. BaumeisterVO. v. 1. April 1931 (RGBl. I, 131) unberührt geblieben (§ 6 Abs. 2). Die bisherigen Vorschriften in Preußen über die Führung dieses Titels sind also nach wie vor in Kraft. Danach wird der RegBauführer nach bestandener Staatsprüfung auf seinen Antrag zum RegBaumeister ernannt, scheidet er mit Ablauf von sechs Monaten seit dem Tage der Ernennung aus dem Staatsdienste aus, wenn er bis dahin nicht zur Beschäftigung im unmittelbaren Staatsdienste einberufen wird, und darf der ausgeschiedene RegBaumeister diese Amtsbezeichnung mit dem Zusatz „a. D." weiterführen (vgl. Bitter, HandwB. der preuß. Verw. 1928, I, 187 nebst Nachw.). In der Führung des Titels RegBaumeister ohne den Zusatz „a. D." würde mithin auch dann ein Verstoß gegen § 360 Ziff. 8 StGB. liegen, wenn die vom AG. getroffene tatsächliche Feststellung, daß der Angekl. bis 1919 als RegBaumeister angestellt war und dann aus dem Staatsdienst entlassen worden ist, das RevG. nicht bände, vielmehr die Behauptung des Angekl., er habe als RegBaumeister niemals im Staatsdienste gestanden, in diesem Rechtszuge Beachtung finden könnte.

(KG., 2. StrSen., Urt. v. 3. Juni 1931, 2 S 218/31.)

Mitgeteilt von KGR. Körner, Berlin.

*

4. § 366 Ziff. 10 StGB. und PolVO. Plakat- (Reklame-) Papier und dessen Beseitigung.

Die fragliche PolVO. bestimmt: „Jede Verunreinigung der öffentlichen Straßen und Anlagen ist verboten und der Täter zur sofortigen Reinigung verpflichtet. Als Verunreinigung gilt vor allem das Ausgießen oder Fließenlassen von unreinen oder übelriechenden Flüssigkeiten, das Ausschütten von Schutt und Abgängen jeder Art, das Fortwerfen von Papier, Lappen, Obstresten, Glas und Scherben, ferner das Liegenlassen von Stroh und sonstigen Verpackungsmaterial."

Das KG. hat in ständiger Rspr. derartige Anordnungen, die als Ganzes gewertet werden müssen, und ihre gesetzliche Grundlage in den §§ 78 („Die Straßen ... dürfen nicht ... verunreinigt ... werden), 82 I 8 ALR. (als „nähere Bestimmung" § 82) finden (vgl. Friedrichs, PolG. 1911, Anm. 13 und 18 zu § 6 b S. 113 und 115) und mit dem § 6 b PolVerwG. v. 11. März 1850 im Einklang stehen, für rechtswirksam erachtet (vgl. z. B. Urt. v. 27. Jan. 1928, 1 S 168/28; v. 6. Juli 1928, 1 S 323/28; v. 15. Okt. 1929, 1 S 509/29; v. 11. März 1930, 1 S 189/30; v. 18. Juli 1930, 1 S 358/30). Eine derartige Bestimmung richtet sich in zulässiger Weise gegen den Störer der öffentlichen Ordnung, hier gegen den Verunreiniger der Straße. Daß der Angekl. durch sein vom Vorderrichter rechtsirrtumsfrei festgestelltes Fortwerfen der von den Schaufenstern abgerissenen Werbeplakate auf die Bürgersteige der Straßen eine Verunreinigung derselben hervorgerufen hat, ist unbedenklich. Mit Recht kann also von ihm als dem Störer auch die Wiederherstellung des veränderten Zustandes, die Beseitigung der Störung, hier der Verunreinigung durch das abgerissene Papier verlangt werden (vgl. Friedrichs a. a. O. Anm. 27 zu § 1 S. 42, 43; Hatschek, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1927, S. 152 ff., besonders S. 152 zu 2 und S. 154 f. zu 5 b; vgl. ferner auch KGUrt. v. 29. Juni 1928, 1 S 310/28 und v. 18. Juli 1930, 1 S 358/30).

Nach der inneren Tatseite hat der Vorderrichter ein vorsätzliches Handeln des Angekl. festgestellt, der trotz polizeilicher Aufforderung das auf die Bürgersteige hingeworfene Papier nicht beseitigte. Der Umstand, daß der Angekl. nach seinen Angaben mit den Inhabern der fraglichen Geschäfte eine Vereinbarung getroffen hatte, daß diese ihre Angestellten mit der Beseitigung des Papiers beauftragten, tut der von dem Angekl. begangenen Übertretung keinen Abbruch. Der Angekl. hat in der Zeit von 5—8 Uhr morgens das von den Schaufenstern abgerissene Plakatpapier auf die Bürgersteige geworfen, wo es liegen blieb, damit hat der Angekl. aber den strafrechtlichen Tatbestand der PolVO. in seiner Person verwirklicht, ohne daß hier zu untersuchen wäre, ob auch noch weitere Personen, etwa in Mittäterschaft mit dem Angekl., sich strafbar gemacht haben.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 13. Jan. 1931, 1 S 682/30.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Stienen, Neutempelhof.

*

5. § 366 Ziff. 1 StGB. und PolVO. Verpacken und Verladen am Sonntag.

Das KG. hat in ständiger Rspr. die Auffassung vertreten, daß PolVO., wie die des Oberpräs. der Provinz Sch., gegen deren Erlaß und Verkündung formelle Bedenken nicht zu erheben sind, rechtsgültig sind, soweit sie die Störung der Feier der Sonn- und Festtage i. S. des § 366 Ziff. 1 StGB. untersagen und solche Handlungen und Arbeiten treffen, die als öffentlich bemerkbare werktägliche Arbeitsleistungen (vgl. RGSt. 54, 364) — etwa im Gegensatz zu einer geistigen oder nur zur Erholung oder zum Vergnügen vorgenommenen Beschäftigung — nach außen hin wirken oder unmittelbar in die Erscheinung treten und geeignet sind, die Arbeitsruhe der Sonn- und Feiertage zu stören und die innere seelische Sammlung und Erhebung zu beeinträchtigen (vgl. KG. u. a. KGJ. 20, C 41, 48; GoldtArch. 46, 41, 352, 455; 48, 368; 1 S 1089/26; 1 S 509/28; 1 S 338/29; 1 S 374/29; 1 S 41/30; 1 S 453/30; 1 S 502/30; 1 S 674/30; Lindemann, Die Gesetzgebung über PolVO., 1912, S. 151 ff.; RGSt. 20, 80; Friedrichs, PolG., 1911, S. 200; Jellinek, Verwaltungsrecht S. 209 ff.). Diese Rechtsgüter sind durch Art. 139 RVerf. v. 11. Aug. 1919 ausdrücklich unter Schutz gestellt.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 17. März 1931, 1 S 103/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Stienen, Neutempelhof.

*

6. § 223 StGB. Züchtigungsrecht gegen fremde Kinder. †)

(KG., 4. StrSen., Urt. v. 23. Okt. 1930, 4 V 250/30.)

Abgedr. JW. 1931, 1392.

*

Zu 6. Im Gegensatz zu der vielfach vertretenen, insbes. vom RG. auch noch neuerdings festgehaltenen Ansicht (RGSt. 61, 193; vgl. ferner RGSt. 4, 98 und 33, 32; außerdem BayObLG. 15, 130; OLG. Karlsruhe: ZStW. 40, 94; OLG. Stuttgart: ZStW. 44, 490; OLG. Kiel: JW. 1925, 2159 und andere), die ein (nicht abgeleitetes) Züchtigungsrecht Erwachsener gegenüber fremden Kindern grundsätzlich verneint, hat sich, wohl als Folgeerscheinung der Verwilderung der Jugend in Kriegs- und Nachkriegszeit, im Schrifttum und in der Rspr. der OLG. (vgl. u. a. OLG. Jena: GoldtArch. 60, 498; OLG. Rostock: GoldtArch. 68, 226; OLG. Breslau: JurRdsch. 1925 Nr. 44; OLG. Hamburg:

Dresden.

7. § 223 StGB. Züchtigungsrecht gegen fremde Kinder. †)

(OLG. Dresden, Urt. v. 4. März 1931, 1 OSta 7/31.)

Abgedr. JW. 1931, 1392.

*

JurRdsch. 1926 Nr. 1991) immer mehr die Auffassung durchgesetzt, daß ein solches Züchtigungsrecht in gewissem Umfange anzuerkennen sei. Es ist sowohl vom kriminalpolitischen wie vom dogmatischen Standpunkt aus zu begrüßen, daß auch das KG. sich in dem mitgeteilten Urteil und der früheren Entsch. GoltdArch. 74, 300 dieser letzteren Auffassung angeschlossen hat.

Die Schwierigkeit der Frage liegt darin begründet, daß Reichsrecht und Landesrecht zwar das Züchtigungsrecht einzelner Personen (Eltern, Erzieher, Lehrherrn) ausdrücklich anerkennen, eine allgemeine Bestimmung über das Züchtigungsrecht anderer Personen jedoch nicht enthalten. Dies ist auch der Grund, warum ein Teil der Rspr. und des Schrifttums das Züchtigungsrecht als Unrechtsausschließungsgrund nur in jenen positivrechtlich geregelten Fällen anerkennt, es im übrigen aber per argumentum a contrario ablehnen will. Von den zahlreichen Argumenten, die man demgegenüber für das Bestehen eines Züchtigungsrechts fremder Personen geltend gemacht hat (Aufzählung bei Voltz: ZStW. 50, 341 ff.), hat besonders die Berufung auf den unrechtsausschließenden Charakter der zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB.) für die strafrechtliche Praxis Bedeutung erlangt. Bei entgegenstehendem Willen des Erziehungsberechtigten soll hier § 679 Platz greifen, der die Geschäftsführung bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses auch gegen den Willen des Geschäftsherrn zuläßt.

Die besondere Bedeutung des besprochenen KGUrt. liegt nun darin, daß es (ebenso wie schon früher das Urt. des OLG. Rostock a. a. O.) auf die recht anfechtbare und umstrittene Konstruktion der Rechtfertigung durch Geschäftsführung ohne Auftrag wie auf jede andere streng positivrechtliche Ableitung des Züchtigungsrechtes verzichtet und statt dessen den Ausschluß der Rechtswidrigkeit lediglich auf Rechtsgrundsätze allgemeiner Art stützt. Damit bekennt sich erfreulicherweise auch das KG. zu einer materiellen Auffassung des Rechtswidrigkeitsbegriffs, wie sie neuerdings in der Literatur gegenüber der älteren rein formal-positivistischen Auffassung immer mehr an Boden gewinnt und auch in manchen neueren Entsch. des RG., so besonders in den viel genannten Urteilen über den übergesetzlichen Notstand, zum Ausdruck kommt. So verschiedenartig und umstritten die Formulierungen der sog. materiellen Rechtswidrigkeit im einzelnen auch noch sein mögen, so geht doch ihr gemeinsamer Inhalt dahin, daß sie auch bei Fehlen eines Unrechtsausschließungsgrundes des positiven Rechts die Rechtmäßigkeit des an sich den Tatbestand einer Straftat erfüllenden Verhaltens bejahen, wenn sie sich aus dem materiellen Gehalt der fraglichen Handlung erschließen läßt. Dabei läßt sich diese materielle Rechtmäßigkeit wiederum entweder unmittelbar aus dem Sinnzusammenhang bestimmter Gesetzesbestimmungen, oder aber, falls dieser unmittelbare Schlüsse nicht gestattet, „aus dem (empirisch gegebenen) Zweck des staatlich geregelten Zusammenlebens" (v. Liszt-Schmidt, Lehrb. d. Str., 25. Aufl., S. 177 f.) und unter Berücksichtigung der herrschenden Kulturanschauungen ermitteln. Erweist sich aus dem einen oder anderen Grunde die Handlung als „angemessenes Mittel zur Erreichung eines vom Gesetzgeber anerkannten Zweckes", so ist sie rechtmäßig. Durchaus im Sinne dieser Betrachtungsweise liegt es, wenn das KG. ähnlich wie schon vor ihm das OLG. Rostock die Rechtfertigung der Züchtigung daraus ableitet, daß sie das angemessene Mittel zu einem angemessenen Zweck, nämlich die erforderliche Abwehr eines „die gesellschaftliche Ordnung störenden Angriffs" darstelle und als solches „mit der Volksüberzeugung in Einklang" stehe (GoltdArch. 74, 300). Auch die Berufung auf den § 127 Abs. 1 StPO. ist zu billigen, wenn man bedenkt, daß es sich hier nicht etwa um die unmittelbare oder auch nur analoge Anwendung dieser Gesetzesbestimmung handelt, sondern damit lediglich ganz allgemein die gesetzliche Anerkennung gerade dieses Mittels, nämlich des Eingriffs an sich unbeteiligter Privatpersonen im öffentlichen Interesse bei mangelndem Eingreifen des Erstbefugten, dargetan werden soll.

Angesichts der oft geltend gemachten und in der Tat nicht zu leugnenden Gefahr einer allzu großen Ausdehnung des Züchtigungsrechts fremder Personen ist zu begrüßen, daß das KG. dieses Recht nur den erwachsenen Tatzeugen und nur zur sofortigen Ahndung von Ungezogenheiten der Kinder zugestanden hat. Auch lassen weder die den KGUrt., noch die den gleichlautenden OLG.-Entsch. zugrunde liegende Sachverhalte eine Überschreitung des Angemessenen nach Maß und Anlaß der Züchtigung erkennen.

PrivDoz. Dr. Schaffstein, Göttingen.

Zu 7. 1. Während das RG. die Züchtigung fremder Kinder ohne Erlaubnis der Eltern mißbilligt, bald ohne Begründung (RGSt. 4, 98), bald mit dem Bemerken, daß es ein abgeleitetes Züchtigungsrecht nicht gebe (RGSt. 61, 193), haben die meisten OLG. übereinstimmend mit zahlreichen Schriftstellern eine solche Befugnis bejaht.

Zur Begründung werden in der Regel die Vorschriften des BGB. über Geschäftsführung ohne Auftrag herangezogen — bald unmittelbar, bald in entsprechender Anwendung — und als Geschäftsherr der Erziehungsberechtigte oder die Gesellschaft betrachtet. Diese Konstruktion ist deshalb so bestechend, weil sie anscheinend zwanglos die Züchtigung auch in solchen Fällen rechtfertigt, in denen der Erziehungsberechtigte der Züchtigung nicht zustimmt, mit der wirklichen oder mutmaßlichen Einwilligung des Verletzten also nicht gearbeitet werden kann. Denn nach § 679 BGB. steht der entgegenstehende Wille des Geschäftsherrn einer Geschäftsführung nicht im Wege, wenn ohne die Geschäftsführung eine im öffentlichen Interesse bestehende Pflicht des Berechtigten unerfüllt bliebe. Daß aber dem Recht der Eltern nicht nur eine sittliche, sondern auch eine rechtliche Pflicht zur Erziehung entspricht, kann nach Art. 120 RVerf. und § 1 Abs. 2 JWohlfG. nicht zweifelhaft sein. Für Geschäftsführung ohne Auftrag außer den Entsch. des OLG. Dresden auch OLG. Frankfurt: LZ. 1914, 1143, Hamburg: GerS. 84, 236, Königsberg: LZ. 1927, 1363, Braunschweig: DJZ. 1905, 752 u. DRZ. 1931, 170 Nr. 200, Kolmar: DJZ. 1916, 1180 u. DStRZ. 1917, 97 u. a. m. Neuestens läßt sich auch hinweisen auf die Entsch. RGSt. 61, 242 (256), die im § 677 BGB. einen allgemeinen Rechtsgedanken ausgesprochen findet, während der Gesichtspunkt der Geschäftsführung in RGSt. 61, 191 ausdrücklich abgelehnt wird.

Gegen die Heranziehung der Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen aber Bedenken in verschiedener Hinsicht: Ist die Erziehung ein „Geschäft" i. S. des § 677 BGB.? Handelt es sich um Geschäftsführung „für einen anderen"? Schließt die Geschäftsführung ohne Auftrag die Rechtswidrigkeit der Geschäftsführung aus, oder regeln die §§ 677 ff. BGB. nur die Beziehungen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer im Innenverhältnis? Endlich taucht die grundsätzliche Frage auf, ob bürgerlich-rechtliche Regeln dieser Art überhaupt auf das Strafrecht zu übertragen sind. Wer diese Bedenken für durchschlagend hält, müßte das Züchtigungsrecht anders begründen, und so sucht man denn auch vielfach die Begründung in übergesetzlichen, in der Regel sehr allgemeinen und als Maßstab für positivrechtliche Entsch. unbeweisbaren Normen. Gelegentlich beruft sich auch die Rspr. auf den Vorrang des öffentl. Interesses und die Notwendigkeiten der Gesellschaftsordnung schlechthin (so z. B. OLG. Jena: DJZ. 1913, 296), ein Gedanke, der auch in der vorliegenden Entsch. hervortritt.

Doch scheint die Annahme eines Dritten zustehenden Züchtigungsrechts im Interesse des Erziehungsberechtigten, der Gesellschaft oder des Kindes nicht haltbar. Denn abgesehen von pädagogischen Bedenken gegen die Zubilligung einer solchen Geschäftsführungsbefugnis an jeden beliebigen Dritten — Bedenken, die mindestens so schwer wiegen wie das immer wieder betonte „praktische Bedürfnis" nach Zubilligung des Züchtigungsrechts —, dieser Standpunkt ist schwer vereinbar mit den Best. der RVerf. und des JWohlfG., die den Kreis der Erziehungsberechtigten abschließend dahin bestimmen, daß in erster Linie die Familie und bei deren Versagen der Staat an Stelle der Familie zur Erziehung berechtigt sei (vgl. Art. 120 RVerf., § 1 Abs. 3 JWohlfG.). Das JWohlfG. zieht — von der Familienerziehung abgesehen — der privaten Betätigung auf diesem Gebiet absichtlich enge Grenzen, die durch Zubilligung der allgemeinen Geschäftsführungsbefugnis völlig verwischt würden. Auch liegt ein Widerspruch darin, wenn vielfach das Landesrecht dem zur Erziehung berufenen Lehrer das Züchtigungsrecht gänzlich oder für den Regelfall abspricht, aber jeder beliebige Dritte befugt sein soll, den „mutmaßlichen" Willen der Eltern zur Geltung zu bringen.

Doch stehen diese Bedenken nur der Annahme eines Züchtigungsrechts im fremden Interesse, im Interesse der Eltern, der Kinder oder der Gesellschaft entgegen. Offen bleibt aber die Frage, ob nicht ausnahmsweise die Züchtigung fremder Kinder im eigenen Interesse des Züchtigenden rechtmäßig sein kann, mögen auch die Voraussetzungen der Notwehr nicht vorliegen. Eine solche Befugnis ließe sich vielleicht rechtfertigen aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstands. Man hätte nach der bekannten Rspr. gegeneinander abzuwägen auf der einen Seite das Interesse des Kindes an völliger körperlicher Unversehrtheit und das der Eltern auf Wahrung des Erziehungsmonopols, auf der anderen das Interesse des Züchtigenden an der eigenen Unversehrtheit und am Wohlbefinden seiner Familie. Wenn in solchen Fällen die Züchtigung als das einzige Mittel erscheint, um das berechtigte Interesse des belästigten Erwachsenen zu wahren, weil die Eltern nicht zugegen sind oder ihre Erziehungspflicht nicht erfüllen, so wäre ein Züchtigungsrecht im eigenen Interesse zu bejahen. Von diesem Standpunkt aus kann man der vorliegenden Entsch. im Ergebnis, wenn auch nicht in den Einzelheiten der Begründung zustimmen.

2. Unzutreffend scheint die Stellungnahme des Gerichts zur Anwendbarkeit des § 233 StGB. Die Auffassung, daß die Strafunmündigkeit nur persönlicher Strafausschließungsgrund sei, entspricht allerdings der Ansicht des RG., die auch nach Inkrafttreten des JGG. aufrechterhalten wurde (vgl. RGSt. 57, 206). Aber mit Recht wird dieser Standpunkt im Schrifttum bekämpft (vgl. u. a. Kiesow, JGG. § 3 A. 4; Frank, JGG. § 2 II). Den Ausschlag darf weder der Wortlaut geben, noch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes — beides spricht auch keineswegs für das RG. —, son-

8. §§ 185, 193 StGB. **Zuruf an einen Polizeibeamten: „Das grenzt bald an Vaterlandsverrat, man könnte Sie fast als Vaterlandsverräter bezeichnen". †)**

Am 11. Aug. 1930 gegen 2 Uhr nachts ging der Angekl. die Xstraße in D. nach dem Postplatz zu. Dabei begegnete ihm auf demselben Gehsteig ein kleiner Trupp Herren. Von einem dieser Herren wurde der Angekl. angerempelt. Hierauf entstand ein Streit, der schließlich zu Tätlichkeiten führte. Dabei erhielt der Angekl. auch einige Schläge ins Gesicht. Den Vorgang beobachtete der in der Nähe stehende Zeuge. Dieser holte den in der Nähe Dienst tuenden Polizeiwachtmeister S. herbei. Als S. hinzukam, brachte er zunächst die Streitenden auseinander. Danach fragte er wiederholt den Angekl., ob er noch etwas von ihm wünsche. Der Angekl. antwortete ihm nichts, sondern schimpfte auf die Herren, in denen er Ausländer erkannt zu haben glaubte. Darauf entfernte sich S. Der Angekl. folgte ihm in kurzem Abstand auf der anderen Straßenseite. Dabei rief der Angekl. über die Straße hinweg dem Beamten in lautem Tone nach: „Das grenzt ja bald an Vaterlandsverrat, man könnte Sie ja fast als Vaterlandsverräter bezeichnen." Auf der Straße befanden sich zu dieser Zeit noch mehrere Personen. Der Angekl. war sich bewußt, daß er durch diese Äußerungen den Polizeibeamten in seiner Ehre verletze und daß die Äußerung von einer unbestimmten Zahl Unbeteiligter gehört werden konnte. Er wußte, daß er kein Recht dazu hatte.

Der Angekl. gibt zu, die vorerwähnten Äußerungen dem Zeugen S. zugerufen zu haben. Er will durch das nicht einwandfreie Verhalten des Zeugen S., der sich sofort auf die Seite der Ausländer gestellt und ihn als den Alleinschuldigen betrachtet habe, in höchstem Maße erregt gewesen sein. Die Absicht, den Beamten zu beleidigen, habe er nicht gehabt. Er habe lediglich zum Ausdruck bringen wollen, daß im Ausland ein Polizeibeamter sich nicht in dieser Weise verhalten hätte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Zeuge S. bei dem Vorfall ordnungsgemäß gehandelt hat, auf keinen Fall durfte sich jedoch der Angekl. zu solchen Äußerungen hinreißen lassen. Diese sind ehrverletzend. Darauf, daß der Angekl. den Beamten nicht hat beleidigen wollen, kommt es nicht an. Es genügt das Bewußtsein des ehrverletzenden Charakters der Äußerungen und dieses Bewußtsein hat das BG. als vorliegend festgestellt. Bei der Strafzumessung war zugunsten des Angekl. zu berücksichtigen, daß er in Erregung die beleidigenden Äußerungen getan hat, weil er sich durch das Verhalten des Zeugen S. benachteiligt fühlte.

Das OLG. hat die Rev. des Angekl. verworfen:

Das angefochtene Urt. läßt keine Gesetzesverletzung erkennen. Der Einwand des BeschwF., er habe sich darauf berufen, daß er die beleidigende Äußerung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen getan habe, entbehrt der erforderlichen Grundlage im angefochtenen Urt. Denn weder aus der Urteilsbegründung noch aus der Sitzungsniederschrift ist ersichtlich, daß der Angekl. den Schutz des § 193 StGB. irgendwie für sich in Anspruch genommen hat. Da die Anwendung dieser Schutzvorschrift auch nach der ganzen festgestellten Sachlage nicht in Frage kam, war daher das BG.

---

dern nur die rechtliche Eigenart dieser Erscheinung. Ihrer Art nach aber ist die Altersunreife Schuldausschließungsgrund. Reife des Verstandes und des Charakters (§ 3 JGG.), allgemeine Einsichtsfähigkeit und Einsicht (Einsichtsmöglichkeit) im einzelnen Falle, generelle Zumutbarkeit und Zumutbarkeit in besonderer Lage, das sind die Merkmale des strafrechtlichen Verschuldens. Die Strafunmündigkeit schließt also mit dem Verschulden das Vorliegen einer strafbaren Handlung, von Beleidigungen und Körperverletzungen i. S. des § 233 StGB. und damit die Möglichkeit der Aufrechnung aus.

PrivDoz. Dr. **Dahm**, Heidelberg.

Zu 8. Der Rechtsfall zeigt die Berechtigung der gegen unsere Strafjustiz in Beleidigungssachen erhobenen Vorwürfe, wie sie neuerdings wieder **Deinhardt** in seinem lehrreichen Buche, So sehen sie aus, die Beleidigungen, ausgesprochen hat. Sie gipfeln darin, daß die Richter mitunter zu wenig verstehend den Vorkommnissen, die zum Prozeß führen, gegenüberstehen und sich zu wenig in die Seelen der Prozeßbeteiligten einfühlen. Das LG. hat sich mit § 193 StGB. überhaupt nicht abgegeben. Das OLG. beanstandet dies nicht, da kein Anhalt dafür vorliege, daß der Angekl. den Schutz des § 193 StGB. begehrt habe; auch komme nach der ganzen Sachlage die Anwendung der Schutzvorschrift nicht in Frage. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Der Angekl. war in der Nacht von Personen, die er für Ausländer hielt, angegriffen und geschlagen worden. Der herzugeholte Polizeiwachtmeister brachte die Streitenden auseinander, schritt gegen die Angreifer nicht ein und fragte danach den Angekl., ob er noch etwas von ihm wünsche. Der Angekl. äußerte zunächst nichts, sondern rief erst, als sich der Beamte schon entfernte, ihm nach der anderen Straßenseite die beanstandeten Worte zu. Der Angekl. will das Verhalten des Beamten nicht für einwandfrei gehalten haben, da er sich sofort auf die Seite der Ausländer stellte. Mit seiner Äußerung hat er angeblich den Beamten nicht beleidigen, sondern nur zum Ausdruck bringen wollen, daß im Ausland sich ein Polizeibeamter nicht in dieser Weise verhalten hätte. Bei der Strafzumessung hat das LG. ausdrücklich berücksichtigt, daß der Angekl. erregt gewesen und die Äußerung getan habe, weil er sich durch das Verhalten des Beamten benachteiligt fühlte.

Diese Sachlage, wie auch die Verteidigung des Angekl., deutete m. E. entschieden darauf hin, daß er sich für sein Verhalten auf § 193 StGB. berufen wollte. Wie bei jedem Äußerungsdelikt eine Auslegung des objektiven Sinnes und eine Feststellung der subjektiven Willensrichtung des Kundgebenden unentbehrlich ist, so mußte im vorliegenden Falle der Tatrichter sich besonders veranlaßt fühlen, die Gründe für das Verhalten des Angekl. klarzulegen, weil die von ihm gebrauchten Worte offensichtlich nicht das besagten, was er hatte ausdrücken wollen. Daß der Richter nicht am Worte kleben darf, sondern immer den wirklichen Sinn erforschen muß, hat das RG. neuerdings wieder in RGSt. 60, 373 gefordert. Es war von vornherein unzweifelhaft, daß ein Vaterlandsverrat dem Polizeibeamten keineswegs zur Last fiel. Um zu beurteilen, ob der Angekl. überhaupt sich durch das Verhalten des Beamten beschwert fühlen konnte, hätte der Tatrichter die Frage nicht ungeprüft lassen dürfen, ob der Beamte bei dem Vorfall ordnungsgemäß gehandelt hatte. Wurde das Gegenteil festgestellt, so wäre die weitere Untersuchung geboten gewesen, inwiefern der Angekl. glaubte, dem Beamten gerade einen „Vaterlandsverrat" vorwerfen zu sollen. Vielleicht hatte sich der Angekl. — in seiner Erregung — nur im Ausdruck vergriffen. Dem Angekl. konnte der Gedanke vorschweben, daß im Ausland die Polizeibeamten im gleichen Falle Angehörige ihres Staates geschützt hätten, daß es aber der Wachtmeister ihm gegenüber an dem erforderlichen Schutze habe fehlen lassen und ihm insofern Verrat an einem Volksgenossen zur Last falle. Ferner wäre noch die Frage zu beantworten gewesen, ob die Ausdrücke „Vaterlandsverrat" und „Verräter" etwa als formale Beleidigungen aufzufassen seien. Diese Frage wäre m. E. zu verneinen gewesen. Die Ausdrücke „Verrat" wie „Verräter" sind zunächst nichts anderes als reine Sachbezeichnungen. Als Schimpfwort konnte die Bezeichnung „Verräter" nur dann in Betracht kommen, wenn der Kundgebende dem Beleidigten gegenüber überhaupt keinen Vorwurf zu erheben und demgemäß das Wort nur gebraucht hatte, um dem anderen ein ehrenrühriges Verhalten nachzusagen. Wären im vorliegenden Falle die beanstandeten Worte nicht als formale Beschimpfungen aufzufassen gewesen, so hätte jedenfalls der Umstand allein nicht zu einer Bestrafung führen können, daß der Angekl. sich nicht präzise ausgedrückt, sondern einen Sachausdruck gewählt hatte, der besser durch eine den Sachverhalt richtig wiedergebende Wendung hätte ersetzt werden sollen.

Die Tatsache, daß der Angekl. die Äußerung tat, als der Polizeibeamte sich bereits entfernte, hätte der Tatrichter dahin werten können, daß der Angekl. den Vorfall für abgeschlossen ansah und hinterher die Äußerung nur tat, um dem Beamten eins auszuwischen. Dann wäre die Absicht des Angekl. **nur** auf eine Beleidigung des Beamten gerichtet gewesen. Der Tatrichter irrte mit seiner Ansicht, es komme nichts darauf an, ob der Angekl. habe den Beamten beleidigen **wollen**. Ging die Absicht des Angekl. — und zwar ausschließlich — auf Beleidigung des Beamten, so wäre für eine Untersuchung des § 193 StGB. tatsächlich kein Raum gewesen.

Endlich hätte auch der Tatrichter prüfen müssen, ob die Kundgebung des Angekl. etwa durch die Begleitumstände strafbar wurde, da er — vielleicht überflüssigerweise — die beanstandete Äußerung vor einer Mehrheit unbeteiligter Personen tat. Bei der gebotenen genauen Erörterung des Sachverhalts hätte der Angekl. unter Umständen zu seiner Entschuldigung vorgebracht, er habe in seiner Erregung zunächst kein geeignetes Wort zur Erwiderung auf die Frage des Beamten gefunden, habe aber, nachdem er sich gesammelt hatte, es doch für gut befunden, dem Beamten seine Ansicht mitzuteilen. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen hätte ihm dann kaum abgesprochen werden können. Gibt schon eine Frage regelmäßig auch ein Recht auf ihre Beantwortung, so konnte im vorl. Falle dem Angekl. auch daran liegen, dem Beamten seinen Standpunkt darzulegen, damit er künftig ihn oder etwa andere in gleiche Lage geratene Personen nicht wieder ohne Schutz lasse. Jedenfalls würde nicht etwa dem Angekl. anzusinnen gewesen sein, eine etwaige Beschwerde gegen den Polizeibeamten erst am nächsten Tage bei der Polizeibehörde anzubringen. Daß das Offenstehen eines geeigneteren Weges den Strafschutz nicht ausschließe, hat das OLG. Dresden schon in der LZ. 1927, 1164 abgedruckten Entsch. gesagt. Lehrreich ist auch das Urt. des OLG. (HöchstRRspr. 3, 292), in dem die Äußerung gegenüber einem brutalen Gendarm: „Sie sind ein gemeiner Mensch, Sie hätten Steineklopfer werden sollen" für straffrei erklärt wurde.

OStA. Dr. **Alfred Weber**, Dresden.

nicht verpflichtet, in den Urteilsgründen die Nichtanwendbarkeit des § 193 festzustellen.

(OLG. Dresden, Urt. v. 30. Juni 1931, 2 OSt 110/31.)

*

9. §§ 185, 186, 192 StGB. Beleidigung durch Wiedergabe der — an sich wahren — Äußerung eines anderen, man müsse bei einem — dem Namen n·ch bezeichneten — Dritten einmal einbrechen. †)

Der Angekl. hat, als er und der Privatkl. im Betriebe der AktG. R. tätig waren, zu dritten, in dem gleichen Betriebe beschäftigten Personen geäußert, der Privatkl. habe ihm gesagt, man müsse bei R. 'mal einbrechen. Das LG. ist zwar der Ansicht, daß in dieser Äußerung des Angekl. an sich eine Beleidigung des Privatkl. enthalten sei, hat jedoch den Angekl. freigesprochen, indem es als erwiesen annimmt, daß der Privatkl. sich dem Angekl. gegenüber tatsächlich so, wie dieser es den dritten Personen weitererzählt hat, geäußert habe, und indem es aus diesem Grunde eine Bestrafung des Angekl. wegen Vergehens nach § 186 StGB. für ausgeschlossen hält.

Diese Ausführungen sind jedoch nicht geeignet, die Freisprechung des Angekl. rechtlich bedenkenfrei zu begründen. Richtig ist zwar, daß eine Bestrafung des Angekl. nach § 186 StGB. nicht erfolgen kann, weil der Beweis der Wahrheit der behaupteten Tatsache erbracht worden ist. Wohl aber besteht auch bei erbrachtem Wahrheitsbeweise die Möglichkeit, daß der Angekl. wegen Vergehens nach § 185 StGB. bestraft wird. Dies hat dann zu geschehen, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder aus den Umständen, unter denen sie geschah, hervorgeht (§ 192 StGB.). Der Prüfung der Frage, ob im vorliegenden Falle eine der Voraussetzungen für die Anwendung des § 192 StGB. oder beide gegeben seien, hat das LG. sich entzogen, obwohl es zu dieser Prüfung verpflichtet war und obwohl es hierzu im vorliegenden Falle um so mehr Veranlassung hatte, als es selbst die Tatsache feststellt, daß der Angekl. gesagt habe, er werde dem Privatkl. noch 'was auswischen, diese Tatsache aber möglicherweise als ein die an sich beleidigende Äußerung begleitender Umstand i. S. des § 193 StGB. in Frage kommen könnte.

(OLG. Dresden, Urt. v. 17. Dez. 1930, 1 OSt 274/30.)

Zu 9. Das OLG. verneint, ebenso wie das LG., mit Recht die Anwendbarkeit des § 186 StGB., weil die weiterverbreitete Äußerung von der Einbruchsabsicht sich als wahr herausgestellt hatte. Während das LG. im Hinblick hierauf den Angekl. freisprach, gelangt das OLG. zu einer Aufhebung des freisprechenden Urteils und Rückverweisung der Sache, da es mangels einer tatrichterlichen Prüfung nach § 192 StGB. nicht ersichtlich sei, ob etwa die Voraussetzungen, unter denen auch bei Erbringen des Wahrheitsbeweises eine Bestrafung stattfinden könne, vorlagen.

Diese Voraussetzungen können nur in der Form oder den Begleitumständen liegen, unter denen die Behauptung oder Verbreitung der üblen Nachrede erfolgte. Was die Form anlangt, so kann von vornherein kein Zweifel bestehen, daß eine formale Entgleisung nicht festzustellen ist. Wenn der Privatkl. einmal geäußert, man müsse bei R. gelegentlich einbrechen, und wenn der Angekl. nur eben diese Äußerung gegenüber einem Dritten wiedergegeben hat, so konnte er mit den Mitteln der deutschen Sprache, das, was er dem Dritten mitteilen wollte, kaum anders, als in die gewählte Form kleiden. Der Angekl. hat sich an das gehalten, was der Privatkl. seinerseits ausgesprochen hatte; irgendeine Bemerkung von sich aus hat er jener Äußerung des Privatkl. nicht hinzugefügt.

Unklar ist es aber auch, inwiefern aus den Begleitumständen das Vorhandensein einer Beleidigung hätte entnommen werden können. Das OLG. meint, das LG. habe besondere Veranlassung gehabt, den Sachverhalt aus dem Gesichtspunkt des § 192 StGB. zu prüfen, weil ferner noch die Äußerung des Angekl. feststehe, „er werde dem Privatkl. 'was auswischen". Kann sich wirklich an der Beurteilung der zunächst gewürdigten Äußerung dadurch etwas ändern, daß man diesen Zusatz berücksichtigt? Diese Frage ist zu verneinen. War die erste das Aussprechen der Diebstahlsabsicht betreffende Äußerung formal nicht zu beanstanden, so bleibt ihr dieser Charakter auch neben der Zusatzäußerung von dem „Auswischen" erhalten. Die Zusatzäußerung ist auch an sich, weil sie ebenfalls nur Sachausdrücke enthält, nicht formal kränkend. Das OLG. spricht denn auch nur davon, daß hier möglicherweise ein „begleitender Umstand" i. S. des § 192 StGB. vorliegen könne. Dies ist jedoch ebenfalls zu bestreiten. Wenn sich einer an sich harmlosen, also erlaubten Äußerung eine andere an sich gleichfalls zulässige Äußerung anschließt, so kann die erste durch die zweite regelmäßig keine andere Färbung erhalten. Was den Zusammenhang der zwei Äußerungen betrifft, so gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder sind die beiden Äußerungen von dem „Einbrechen" und dem „Auswischen" gleichzeitig gefallen; dann kann dieser einheitlichen Kundgebung kein Begleitumstand hinzutreten. Oder aber die zweite Äußerung ist später geschehen als die erste. Auch für diesen Fall wäre das Vorliegen eines „begleitenden Umstandes" zu verneinen; denn es würde dann an dem zeitlichen Zusammenhang fehlen, in dem der „Umstand" des § 192 StGB. zu der Äußerung — nach der unzweifelhaft richtigen herrschenden Lehre — stehen muß.

Wie hiernach zu erwarten war, hat das LG. in der neuen Verhandlung den Angekl. wieder freigesprochen, da es weder der Form noch den Begleitumständen das Vorhandensein einer Beleidigung entnehmen konnte.

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

10. §§ 185, 193 StGB. Auch der Ausdruck „Lump" kann unter besonderen Umständen straflose Beleidigung sein. †)

Auf einem Rittergut war ein Brand entstanden, als deren Urheber der Privatkl. — der Sohn der Angekl. — in Verdacht kam. Die Angekl. selbst teilte diesen Verdacht und äußerte dem Rittergutsinspektor gegenüber, als dieser bei einem Zusammentreffen auf den Brand zu sprechen kam: „Der Brandstifter ist ein Lump, das ist niemand anderes als Max" (= Privatkl.).

Die Angekl. fühlte sich als Mutter begreiflicherweise vor den Leuten bloßgestellt. Wenn sie aus Anlaß des allgemeinen Gerdes, das ihren Sohn — einen übelberüchtigten, arbeitsscheuen, schwer vorbestraften Burschen — wiederum eines neuen Verbrechens beschuldigte, ihn mit einem wegwerfenden Ausdruck belegte, so kam es ihr nicht in den Sinn, seine Ehre zu kränken, sondern sie wollte nur sagen, daß sie das allgemeine Urteil über den Sohn teile und seine Entwicklung nicht billige.

Sie hat auch zur Wahrnehmung berechtigter Interessen ge-

Zu 10. Die obige Rechtssache stellt einen der schwierigen Fälle dar, in denen das allgemeinmenschliche Gefühl die Freisprechung wünscht und billigt, das juristische Gewissen aber nach Gründen sucht, um die unterlassene Bestrafung zu rechtfertigen. Eine stichhaltige Begründung ist m. E. weder den Ausführungen der StrK. noch dem Urt. des OLG. zu entnehmen.

Daß die „Umstände" ausscheiden, hat das LG. zutreffend erklärt. Unzutreffend ist aber die Verneinung einer formalen Entgleisung. Das OLG. weist mit Recht darauf hin, daß der Ausdruck „Lump" an sich ein Schimpfwort sei. Mit diesem Hinweis verliert das RevUrt. aber seine die Bestätigung der Freisprechung rechtfertigende Stütze. Das OLG. beruft sich lediglich auf die Feststellung des Tatrichters, es sei der Angekl. nicht in den Sinn gekommen, mit dem fraglichen Ausdruck die Ehre des Privatkl. zu kränken; sie habe vielmehr zum Ausdruck bringen wollen, daß sie als Mutter das allgemeine Urteil über ihren Sohn teile. Diese Satzteile enthalten in Wahrheit keinen Gegensatz; im übrigen sind die Worte „nicht in den Sinn gekommen" nur dahin zu verstehen, daß die Angekl. nicht auf eine Beleidigung ausgegangen sei. Auf die „Absicht", zu beleidigen, kommt es aber nicht an. Daß die Angekl. nicht „bewußt" gewesen sei, ihren Sohn zu kränken, stellt das LG. nicht fest. Die gegenteilige Annahme des OLG. vermag ich nicht zu teilen. Die ehrkränkende Natur des Wortes „Lump" ist ja auch so offenbar, daß niemand behaupten kann, er habe eine andere Auffassung.

Die Angekl. hätte daher trotz des Strafschutzes des § 193 StGB. nach der herrschenden Lehre eigentlich wegen formaler Beleidigung bestraft werden müssen. Wenn ich das gegenteilige Ergebnis billige, so kann man m. E. hierfür folgendes ins Feld führen:

Wann eine formale Beleidigung vorliegt, darüber lassen sich feste Regeln nicht aufstellen. Im allgemeinen sagt man mit Recht, daß, wer seine Rechte wahren oder berechtigte Interessen wahrnehmen will, sich dabei auf „sachliche" Ausführungen beschränken muß. Formale Ausschreitungen bringen regelmäßig nicht nur den auszusprechenden Gedanken zum Ausdruck, sondern enthalten darüber hinaus ein Plus, das mit dem auszudrückenden Gedanken nichts zu tun hat und deshalb überflüssig ist. Will man in solcher Weise einen Maßstab für die Unterscheidung eines erlaubten Sachausdrucks gegenüber einer formalen Entgleisung finden, so wird es vor allem darauf ankommen, den Begriff Sachausdruck richtig abzugrenzen. Hierzu wird man sich vor Augen halten müssen, daß es neben schönen Sachen und guten Menschen auch recht schlimme Dinge auf der Welt gibt, und ebenso böse, von den übelsten Instinkten beseelte Menschen, deren Handlungen Entsetzen hervorrufen und Abscheu erwecken. Da mitunter auch auf solch übele Dinge oder Subjekte die Rede zu lenken ist, muß die Sprache auch Mittel zu ihrer Kennzeichnung zur Verfügung stellen. Die Worte, mit denen eine häßliche Handlung gekennzeichnet, ein verworfener Mensch genannt wird, können natürlich keinen Wohllaut für unser Ohr bilden. Wollen wir die Dinge und Personen beim rechten Namen nennen, so müssen wir zu unschön klingenden Ausdrücken zu greifen den Mut haben. Diese können unmöglich deshalb den Charakter einer Sachbezeichnung verlieren, weil sie sich häßlich anhören. Wenn die zu schildernden Dinge übel sind, so muß sich dieser Charakter auf ihren Namen übertragen.

Auf diese Weise gelangen wir dazu, auch Ausdrücke, die als Schimpfworte herkömmlich sind, unter Umständen als zulässige Sach-

handelt; denn sie fürchtete, daß ihrem anderen Sohn seine Pacht vom Rittergut entzogen werden könne, wenn sie beide mit der Brandstiftung in Verbindung gebracht würden. Sie wollte deshalb möglichst weit vom Privatkl. — ihrem Sohne — abrücken.

Bei dieser Sachlage haben LG. und OLG. weder der Form noch den Umständen nach, unter denen die Äußerung geschah, das Vorhandensein einer Beleidigung entnehmen können. Das OLG. hat bestätigt.

Die Annahme der StrK., daß der Angekl. bei dem Gebrauch des Wortes „Lump" das Bewußtsein der Ehrverletzung gefehlt habe, ist tatsächlicher Art. Wenn im Urt. dazu ausgeführt wird, es sei der Angekl. nicht in den Sinn gekommen, mit dem fraglichen Ausdrucke die Ehre des Privatkl. zu kränken, sondern sie habe damit nur zum Ausdruck bringen wollen, daß sie als Mutter das allgemeine Urt. über ihren Sohn teile und seine Entwicklung nicht billige, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Deshalb war die Anwendung des § 185 StGB. ausgeschlossen, obwohl der gebrauchte Ausdruck an sich als Schimpfwort zu bezeichnen ist.

(OLG. Dresden, Urt. v. 18. März 1931, 1 OSt 26/31.)

*

bezeichnungen gelten zu lassen. Freilich ist hier sorgfältigste Prüfung unentbehrlich. Es muß das Bestreben jedes Beleidigungsrichters sein, einer Verrohung des Verkehrstones nach Kräften entgegenzutreten. Derbe Ausdrücke und Schimpfworte werden nur in Ausnahmefällen als statthaft gelten dürfen. Der Richter muß immer die Umstände des einzelnen Falles genauestens prüfen und darf jedenfalls die beanstandeten Worte nicht allein unter die Lupe nehmen und abwägen. Immer kommt es auf den Zusammenhang, den Grund der Äußerung und auf die Persönlichkeit des Äußernden an. Da die Worte im Regelfall ein bestimmtes Vorkommnis, die Handlungsweise, die Eigenart einer Person u. dgl. bezeichnen sollen, so darf nie die Prüfung unterbleiben, ob der gewählte Ausdruck demjenigen entspricht, was ausgedrückt werden sollte. Von diesem Standpunkt aus kann mitunter durch den Gebrauch einer reinen Sachbezeichnung der Tatbestand einer strafbaren Beleidigung erfüllt, auf der anderen Seite aber die Verwendung eines Wortes zulässig sein, das äußerlich schon seinen beschimpfenden Charakter verrät. „Dieb" ist der Sachausdruck für eine Person, die einem anderen eine Sache in rechtswidriger Zueignungsabsicht weggenommen hat. Wer sich bestohlen sieht, kann dem „Diebe" Vorhaltungen machen, kann andere vor dem „Diebe" warnen. Das gleiche Verhalten muß jedoch zu einer Bestrafung führen, wenn der Äußernde den Ausdruck „Dieb" ohne jeden sachlichen Grund gebraucht. Dann erhält eben mangels jeden Untergrundes das Wort „Dieb" den Charakter eines bloßen Schimpfwortes. Muß jemand die verruchte Tat eines verrohten Vagabunden schildern, so nimmt man im allgemeinen an derben Kraftausdrücken für die Handlung keinen Anstand. Sobald aber eine Beziehung zum Urheber hergestellt, die Person selbst geschildert wird, zeigt man sich ängstlich. Und doch muß es zulässig sein, ebensowohl von der Sache wie von der Person zu sprechen und der Wahrheit gemäß zu schildern. Ein Rohling mag auf der Straße einer ehrbaren Dame ins Gesicht spucken. Oder ein verwahrloster Strolch spannt in der Dunkelheit ein Seil über die Straße, an das ein vollbesetzter Kraftwagen stoßen muß, so daß seine Insassen zu Tode kommen. Wollte man solche Handlungsweise mit Worten bezeichnen, die sich innerhalb der Schranken parlamentarischer Redeweise halten, spräche man also von üblem, unangemessenem, ungehörigem, verwerflichem Verhalten eines schlimmen, ehrlosen, rohen Menschen, so käme man hiermit der Wahrheit in keiner Weise nahe. Niemand kann bestreiten, daß mit solchen Worten der Sachverhalt unzutreffend wiedergegeben, die Persönlichkeit nicht richtig geschildert würde. Auch temperamentlose, feingebildete und beherrschte Menschen würden in solchen Fällen ihre Empörung in Worten ausdrücken, die schon der Form nach beleidigend wären. Solange es Menschen gibt, deren Taten man richtig als „Schurkerei" ansprechen muß, solange wird es kaum zu vermeiden sein, von „Schurken" zu reden. Anderenfalls wäre der Staatsanwalt, der eine harte Strafe beantragt, „weil sich der Angekl. in gemeinster Weise vergangen und einen Schurkenstreich übelster Art verübt habe", wegen formaler Beleidigung zu bestrafen, und ebenso der Zeitungsverleger, der vom vertierten Massenmörder als von einer „Bestie in Menschengestalt" spricht.

Die Rspr. und das Schrifttum ist bereits auf dem Wege, die frühere Engherzigkeit abzustreifen. Die Hauptsorge gilt jetzt einer vernünftigen Grenzziehung. Sie ist um so schwieriger, als nach der für § 193 StGB. herrschenden Lehre bekanntlich eine nicht die Form wahrende Kundgebung immer vom subjektiven Standpunkt des Äußernden aus gewürdigt werden soll. Dies rückt für den Tatrichter die Versuchung allzu nahe, den Gebrauch unangebrachter Kraftausdrücke oder Schimpfworte kurzweg damit zu rechtfertigen, daß der Täter von seinem Standpunkt aus jedenfalls diese Form als das zur Wahrung seiner Rechte notwendige Mittel angesehen habe. Daß die Meinung des einzelnen nicht schlechthin ausschlaggebend sein darf, hat Köhler (JW. 1929, 278[10]) betont. Gegen Köhlers Ansicht, daß der Irrtum des Äußernden über die Angemessenheit des Mittels bezüglich der Form der Äußerung nicht von rechtlichem Einfluß sein dürfe, hat sich Klee (JW. 1930, 2583[13]) gewendet. Er meint, daß der an sich anzuwendende subjektive Maßstab der Korrektur durch ein objektives Kriterium bedürfe. Man müsse eine Grenze dort finden, wo „vom Standpunkt des vernünftigen Durchschnittsurteils eines der gesellschaftlichen Schicht des Täters angehörigen Mannes angesichts der Gröblichkeit der Formüberschreitung die Berücksichtigung einer dem Täter gewohnten Ausdrucksweise oder ihm eigentümlichen Gemütsverfassung bei Abgabe der Äußerung sich mit den Notwendigkeiten des Ehrenschutzes nicht mehr verträgt". So sehr diesen Ausführungen beizupflichten ist, so wird man ihnen doch kaum einen in allen Fällen brauchbaren Maßstab entnehmen können. Wenn Klee dagegen ferner betont, daß Ausdrücke, die dem Wahrheitsbeweise Zugängliches enthalten, gestattet sein müßten, so stellt dies sicher eine für die Praxis wertvolle Richtschnur dar. In diesem Sinne habe ich mich selbst schon in meinem Aufsatz: JW. 1927, 2671 ff. ausgesprochen. Klee läßt von diesem Standpunkt aus Ausdrücke, wie Unverschämtheit, Lüge, Schiebung usw. gelten, dagegen nicht Worte wie Schuft, Lump u. dgl. In diesem Punkt gehe ich einen Schritt weiter als Klee. M. E. gibt es beschimpfende Worte, die eindeutig auf ein verwerfliches Verhalten hinweisen. Bei dem „Dieb" denkt man den Stehlenden, bei dem „Betrüger" oder „Schwindler" an jemand, der sich aus § 263 StGB. strafbar gemacht hat. Diesen Ausdrücken stehen gegenüber Worte, die gewissermaßen einen Sammelbegriff für verwerfliches Verhalten aller Art enthalten. Jemand kann eine arme Witwe betrogen oder als Heiratsschwindler zahlreiche Opfer ausgenommen und in grenzenloses Elend versetzt haben. Zur richtigen Bezeichnung einer solchen Person reicht das Wort „Betrüger" kaum hin. Ebenso kann jemand — wie im obigen Falle — ein ganz verwahrloster Bursche sein, der Zeit seines Lebens nichts anderes getan, als durch die schwersten Verbrechen maßloses Unglück angerichtet, durch Brandstiftungen unermeßliche Sachgüter vernichtet hat u. dgl. Wird eine derartige Person als „Schurke" oder „Lump" bezeichnet, so würde gegenüber einer Verurteilung wegen Beleidigung von dem unbefangenen Laien wohl eingewendet werden, daß sich der Bursche doch tatsächlich als ein „Schuft" und „Schurke" gezeigt habe.

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

11. §§ 185, 193 StGB. Beleidigung durch die Äußerung: „Großer Lügner." †)

Der Angekl. hatte in einer Hauptverhandlung von dem ihn belastenden Zeugen in seinem Schlußwort gesagt, „wenn der Zeuge dies behaupte, da sei er ein großer Lügner." Zu seiner Verteidigung hatte der Angekl. geltend gemacht, es habe ihm ferngelegen, den Zeugen beleidigen zu wollen. Er habe diesen auch nicht beleidigt; denn der Zeuge habe damals die Unwahrheit gesagt. — Von seiten des Verteidigers ist noch eingewendet worden, der Angekl. habe mit seiner über den Zeugen getanen Äußerung lediglich in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt. Demnach habe er allenfalls wegen formaler Beleidigung verurteilt werden können. Indessen sei hierbei zu berücksichtigen, daß das Wort „Lügner" nicht in jedem Falle eine Beleidigung enthalte. Im Volksmunde werde durch dieses Wort lediglich zum Ausdruck gebracht, daß von dem mit „Lügner" Bezeichneten die Unwahrheit gesprochen worden sei. Auch müsse bei der Prüfung der Frage, ob eine Formalbeleidigung vorliege, der Stand und Bildungsgrad des Angekl. in Betracht gezogen werden.

Zu 11. Wie so oft in der Praxis, handelt es sich auch in obigem Falle um die Frage, ob jemand einen anderen ungestraft der Lüge zeihen darf. Nicht nur die Strafrichter sind sich hierüber mitunter im Unklaren, auch die Verhandlungsleiter im allgemeinen glauben oft, sobald das Wort „Lüge" oder „Lügner" fällt, hiergegen einschreiten und sogar den Äußernden wegen Ungebühr bestrafen zu müssen. Tatsächlich kommt es bei solcher Kundgebung fast ausnahmslos darauf an, daß jemand dem Gericht gegenüber einen anderen als unglaubhaft hinstellen will. Wer die Überzeugung hat, daß der andere bewußt die Unwahrheit gesagt habe, kann diesen Gedanken mit den Mitteln der deutschen Sprache kurz dahin ausdrücken, daß der andere „gelogen" habe. Lügen ist eben der Sachausdruck für bewußte Bekundung der Unwahrheit. Der Gebrauch des Wortes „Lüge" oder „lügen" muß daher als zulässig erachtet werden.

Im vorl. Falle hat der Angekl. nicht von „Lügen" gesprochen, sondern das Wort „Lügner" gebraucht. Im allgemeinen gilt von diesem Ausdruck dasselbe, was von „lügen" zu sagen war. Wer bewußt die Unwahrheit sagt, „lügt" und ist selbst ein „Lügner". Allerdings kann dieser Ausdruck auch noch in einer anderen Bedeutung gebraucht werden, nämlich zur Bezeichnung einer Person, die gewohnheitsmäßig lügt. Ob der Ausdruck jeweilig in dieser oder jener Bedeutung gebraucht wird, muß im einzelnen Falle der Tatrichter besonders sorgfältig prüfen. Im obigen Falle darf davon ausgegangen werden, daß der Angekl. den anderen nur „Lügner" nannte, weil er ihm eine Unwahrheit nachweisen zu können glaubte, und einen „großen Lügner" annehmbar deshalb, weil es sich dabei um eine grobe

Die Verurteilung des Angekl. aus § 185 StGB. begründete das LG. u. a., wie folgt:

„Es hat dem Angekl. nicht widerlegt werden können, daß er zur Zeit der Tat glaubte, der Zeuge habe damals die Unwahrheit gesagt. Ganz allgemein ist es einem Angekl. nicht zu verwehren, gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen anzugehen. Insoweit handelt er dann zur Wahrnehmung berechtigter Interessen. Dies tat auch, zumindest subjektiv, der Angekl. Indessen er überschritt mit den gebrauchten Worten zweifellos die in § 193 StGB. gezogenen Grenzen; denn zu billigen ist die Wahrnehmung berechtigter Interessen nur insoweit, als die Verletzung fremder Ehre als ein durch die Umstände gebotenes Mittel erscheint. In dem Maße, wie der Angekl. den Zeugen beleidigte, war die Verletzung der Ehre des Zeugen zum Zwecke der Erschütterung von dessen Glaubwürdigkeit keineswegs geboten oder erforderlich. Der Angekl., der als Bäckermeister durchaus nicht einem sehr ungebildeten Stande angehört, hätte seinen prozessualen Angriff gegen den Zeugen unschwer in anderer Weise ausführen können. Der dem Angekl. zur Verfügung stehende Wortschatz ist keineswegs so gering, als daß er den Zeugen nicht hätte der Unwahrheit zeihen können mit Worten, wie ‚Das ist nicht wahr‘, ‚Das stimmt nicht‘, evtl. sogar ‚Der Zeuge hat gelogen‘. Aus dem Verhalten des Angekl. geht vielmehr die Absicht hervor, daß er dem Zeugen damals etwas ‚anhängen‘, ihn beleidigen wollte. Zu diesem Zwecke gebrauchte er auch die in ihrer Form besonders schwer kränkenden Worte ‚großer Lügner‘. — Sonach ist dem Angekl. der Schutz des § 193 StGB. zu versagen.

Mit der Bezeichnung als ‚großer Lügner‘ verletzte der Angekl. sowohl das Ehrgefühl des Zeugen als auch beeinträchtigte er dessen soziales Ansehen in der Allgemeinheit; er überschritt mit diesen Worten bei weitem das, was nach dem objektiven Urteil der Gesamtheit als im Verkehr von Person zu Person schicklich und erlaubt angesehen wird. Der Angekl. hat mithin den Zeugen beleidigt."

Das OLG. erkannte auf Aufhebung und Zurückverweisung:

Die Ausführungen, mit denen das LG. dem Angekl. den Schutz des § 193 StGB. versagt, sind rechtlich nicht bedenkenfrei, indem sie den Anschein erwecken, als habe das LG. den Inhalt der für erwiesen erachteten Beleidigung mit der Form i. S. des § 193 StGB. verwechselt. Denn während es an sich dem Angekl. den Schutz dieser Gesetzesvorschrift zubilligt, aber aus der Form der Äußerung „großer Lügner" auf die Beleidigungsabsicht des Angekl. schließt, findet es andererseits gerade in dieser Äußerung, also in ihrem gedanklichen Inhalt, den äußeren Tatbestand der Beleidigung.

(OLG. Dresden, Urt. v. 12. Nov. 1930, 1 OSt 245/30.)

*

12. §§ 185, 193 StGB. *Straflosigkeit des Vorwurfs „erheblicher Dreistigkeit".*†)

Der Privatkläger bemängelt zunächst, daß das LG. fälschlicherweise angenommen habe, der Angekl. habe bei Abfassung seines Briefes mit dem beanstandeten Ausdrucke „erhebliche Dreistigkeit" in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt. Damit greift er aber eine tatsächliche Feststellung an, die der Revisionsrüge entzogen ist. Das LG. geht davon aus, daß sich dem Angekl. auf keinen Fall widerlegen lasse, daß er von der Richtigkeit seiner Auffassung, er sei nur bis zur Höhe von 75 *RM* zur Kostentragung verpflichtet, überzeugt gewesen sei und daß er den Briefwechsel geführt habe, um seinen Standpunkt gegenüber dem Privatkläger zu wahren.

Ebenso geht die Rüge des Privatklägers fehl, das LG. habe verkannt, daß aus der Form der gewählten Äußerung das Vorhandensein einer Beleidigung hervorgehe. Das angefochtene Urt. stellt fest, daß die Form des Ausdrucks nicht zu dem Schlusse zwinge, es sei dem Angekl. nicht mehr darum zu tun gewesen, seinen Standpunkt zu wahren, sondern den Privatkläger an seiner Ehre zu verletzen; vom Standpunkte des Angekl. aus erscheine das Verhalten des Privatklägers allerdings als erhebliche Dreistigkeit und es sei nicht zu ersehen, welchen anderen Ausdrucks der Angekl. sich hätte bedienen können, um das ihm erforderlich Erscheinende zu sagen.

(OLG. Dresden, Urt. v. 23. Juli 1930, 1 OSt 133/30.)

*

13. §§ 185, 193 StGB. *Der Vorwurf „ordinären Verhaltens" stellt nicht immer eine formale Beleidigung dar.*†)

Die StrK. hat angenommen, daß die Bezeichnung des Benehmens des Widerkl. als „ordinär" eine angemessene Kennzeichnung seines Verhaltens darstelle, damit aber auch verneint, daß aus der

---

Unwahrheit handelte. Soweit das LG. davon spricht, daß der Angekl. seine Äußerung in eine kränkende *Form* gekleidet habe, kann ihm mithin nicht beigepflichtet werden. Das OLG. glaubt, daß der Vorderrichter den *Inhalt* der beleidigenden Äußerung mit ihrer *Form* verwechselt habe. Da das LG. jedoch ausdrücklich von einer kränkenden „Form" spricht, so ist dieser Verdacht kaum begründet. Neben der *Form* konnte das LG. sehr wohl auch den gedanklichen *Inhalt* der Äußerung ins Auge fassen; denn es handelt sich gerade bei den beanstandeten Worten um solche, die inhaltlich einen ehrenrührigen Vorwurf enthielten, *zugleich* aber — wenigstens nach Ansicht des LG. — eine Formentgleisung darstellten. Das LG. meint, der Angekl. habe, anstatt den Zeugen „Lügner" zu nennen, einfach sagen können, daß die Behauptung des Zeugen „nicht wahr" sei oder etwa auch, daß der Zeuge „gelogen" habe. Dabei hat es jedoch außer acht gelassen, daß niemand ein Recht auf schonende Behandlung hat und daß es deshalb niemandem verwehrt sein kann, von „Lügen" oder „Lügner" zu sprechen, wenn er den Vorwurf der bewußten Unwahrheit zu erheben Grund hat.

Das Urt. der StrK. leidet aber auch noch an anderen Unstimmigkeiten. Nachdem das LG. festgestellt hat, daß der Angekl. die Aussage des Zeugen für unwahr hielt und demgemäß seine Äußerung „*zur Wahrnehmung berechtigter Interessen*" tat, sagt es später, daß dem Angekl. die *Absicht*, dem Zeugen etwas anzuhängen, innegewohnt habe, daß der Angekl. den Zeugen habe beleidigen *wollen*. Diese Darlegung ist in sich widerspruchsvoll. Wollte das LG. an zweiter Stelle auf seiten des Angekl. etwa *nur* die Beleidigungsabsicht feststellen, so vertrug sich die *ausschließliche* Absicht, zu beleidigen, nicht mit dem vorher bejahten Zwecke der Interessenwahrnehmung. Hatte der Angekl. *allein* die Absicht, den Zeugen durch seine Kundgebung zu beleidigen, so hätte seine Verurteilung vom OLG. unbedingt bestätigt werden müssen. Hatte das LG. aber etwa im Auge, auf seiten des Angekl. *zwei* Absichten als vorliegend festzustellen, nämlich die Absicht der Interessenwahrnehmung und außerdem die Absicht der Ehrverletzung, so wäre die Freisprechung des Angekl. durch das OLG. geboten gewesen, da der einmal bejahte Zweck der Interessenwahrnehmung nicht wegen des Hinzutretens der Beleidigungs- oder irgendeiner anderen Absicht entfiel.

In Wahrheit hielt die StrK. wohl den Angekl. wegen *formaler* Beleidigung für strafbar und glaubte, diese Bestrafung, nachdem der Zweck der Interessenwahrnehmung bejaht worden war, noch besonders rechtfertigen zu müssen. Deshalb spricht das LG. ausdrücklich von der „*Absicht*" des Angekl., den Zeugen zu beleidigen, und ferner noch davon, daß der Angekl. mit den gebrauchten Worten die ihm durch § 193 StGB. *gezogenen Grenzen* überschritten habe. Hier tritt, wie so oft in der Gerichtspraxis, die Übung hervor, ein Strafurteil mit den von der Rspr. eingeführten Redewendungen zu begründen. Bei solchen Redewendungen, wie „Grenzüberschreitung", „Beleidigungsabsicht" usw., handelt es sich jedoch immer nur um Umschreibungen des gesetzlichen Tatbestandes. Das Gesetz selbst kennt eine *Beleidigungsabsicht* ebensowenig, wie es die *Beobachtung bestimmter Grenzen* fordert. In RGSt. 16, 141, wo auch davon die Rede ist, daß der Kundgebende *die Grenzen* der Kritik usw. nicht überschreiten dürfe, hat das RG. mit erfreulicher Klarheit darauf hingewiesen, daß immerhin das Gesetz die Strafbarkeit eines die Grenzen mißachtenden Täters nur auf die „Form" oder die „Umstände" beschränke. Die Untergerichte, welche die Strafbarkeit einer Kundgebung trotz Annahme des Zwecks der Interessenwahrnehmung einfach damit begründen, daß der Beleidigende „die gebotene Grenze mißachtet" oder „Beleidigungsabsicht" gehegt habe, werden, um Fehlsprüche zu vermeiden, gleichfalls sich den Gesetzeswortlaut immer vor Augen halten müssen.

OStA. Dr. *Alfred Weber*, Dresden.

Zu 12. Das Urt. ist nicht zu beanstanden. Der Tatrichter hat zwar in dem von dem Angekl. gebrauchten Ausdruck eine *formale* Beleidigung gesehen, trotzdem aber nicht verurteilt, weil er sich nicht dazu *gezwungen* sah, aus dieser Form auf das Vorhandensein einer Beleidigung zu schließen. Im allgemeinen wird von der Gerichtspraxis viel zu wenig beachtet, daß, wie auch RGSt. 40, 317 ausgeführt hat, die Feststellung einer formalen Entgleisung noch keineswegs die *Notwendigkeit* einer Verurteilung bedeutet. Wenn § 193 StGB. davon spricht, daß der Äußernde „*nur insofern*" strafbar sei, als aus der Form . . . usw. das Vorhandensein einer Beleidigung hervorgeht, so erhellt hieraus, daß es beim Tatrichter liegt, ob und inwieweit er im einzelnen Falle trotz Gebrauchs eines *formal* kränkenden Ausdrucks eine Bestrafung aussprechen will. Die Formentgleisung *kann* eine Verurteilung rechtfertigen, *muß* aber nicht zu einer Bestrafung führen.

OStA. Dr. *Alfred Weber*, Dresden.

Zu 13. Das OLG. Dresden hat schon in der in JW. 1930, 282[16] abgedruckten Entsch. den gleichen Grundsatz ausgesprochen. Damals rügte das OLG., das LG. habe nicht untersucht, ob dem Angekl. *bewußt* gewesen sei, mit dem Gebrauch des Wortes „ordinär" die zur berechtigten Interessenwahrnehmung notwendigen Grenzen überschritten zu haben. Nur im Bejahungsfalle habe das LG. aus der

Form der Äußerung das Vorhandensein einer Beleidigung zu entnehmen sei. Im übrigen hat der Vorderrichter nicht festzustellen vermocht, daß der Privatkl. mit dem gerügten Ausdrucke bewußtermaßen die zur zweckentsprechenden Wahrnehmung berechtigter Interessen notwendigen Grenzen überschritten habe. Durch diese tatsächlichen Feststellungen, die frei von Rechtsirrtum sind, wird die Zubilligung des Schutzes des § 193 StGB. gerechtfertigt.

(OLG. Dresden, Urt. v. 17. Sept. 1930, 1 OSt 182/30.)

*

14. §§ 186, 193 StGB. Darin, daß jemand eine auf einem Gerücht fußende üble Nachrede als Tatsache wiedergibt, liegt keine formale Beleidigung. Auch der Ausdruck „Manöver“ stellt keine solche dar. †)

Wenn vom LG. schon darin, daß nach seiner Meinung der Widerangekl. den an der bezeichneten Stelle seiner Eingabe gegen den Widerkl. erhobenen Verdacht in einer Weise ausgesprochen hat, als sei der Gegenstand dieses Verdachtes bereits erwiesene Tatsache, die den Beleidigungswillen verratende Form erblickt worden ist, so muß hierin eine nichtangängige Verwechselung der Form mit dem Inhalte der Beleidigung gefunden werden. Gehört doch gerade zum Tatbestande einer leichtfertigen Nachrede nach § 186 StGB. das Behaupten oder Verbreiten einer nichterweislich wahren Tatsache. Gleiche Verwechselung zwischen Form und Inhalt liegt möglicherweise den Ausführungen der Vorinstanz zum Ausdrucke „Manöver“ zugrunde, der sich vorliegendenfalls nur als zusammenfassende Bezeichnung der dem Widerkl. vorgeworfenen Geschäftsführung und damit als Äußerung von der nämlichen inhaltlichen Bedeutung wie dieser Vorwurf kennzeichnen kann.

Übrigens wird eine Beleidigung, die den Tatbestand des § 186 StGB. enthält, dadurch, daß das Hervorgehen der Beleidigungsabsicht aus der Form i. S. von § 193 StGB. bejaht wird, noch nicht, wie die Kammer anzunehmen scheint, zu einer Beleidigung nach § 185 StGB., vielmehr ist sie solchenfalls eine rechtswidrige und daher strafbare leichtfertige Nachrede nach § 186 StGB.

(OLG. Dresden, Urt. v. 16. Sept. 1930, 2 OSt 117/30.)

*

15. § 193 StGB. Inwieweit hängt der Strafschutz des § 193 StGB. davon ab, daß dem Kundgebenden für die Wahrnehmung seiner Interessen andere Mittel zur Verfügung standen, daß er sich in einer gewissen Zwangslage befand und daß er die beanstandete Nachrede leichtfertig erhob? †)

Der Angekl. hat als Stadtverordneter in einer öffentlichen Stadtverordnetensitzung dem Bürgermeister vorgeworfen, dieser habe Dritten gegenüber bewußt unwahr erklärt, der Angekl. habe in einer Aufsichtsratssitzung der Baugesellschaft seine Zustimmung dazu gegeben, daß die städtischen Arbeiter an zwei Tagen in der Woche aussetzen müßten. Der Bürgermeister hat entgegnet, er habe eine solche Äußerung nicht getan, es sei in der fraglichen Aufsichtsratssitzung die Frage des Aussetzens überhaupt nicht besprochen worden, und „er wünsche vom Angekl. eine klare Antwort, ob er meine, daß er — der Bürgermeister — absichtlich die Unwahrheit gesagt habe“. Hierauf hat der Angekl. erklärt: „Ich habe von dem, was ich gesagt habe, nichts zurückzunehmen. Das ist eine bewußte Unwahrheit, wenn das tatsächlich gefallen ist.“

Während nun das BG. die erste Äußerung auf Grund des § 193 StGB. für straflos erachtet, hat es dem Angekl. für die Äußerung nach der Erwiderung des Bürgermeisters diesen

---

gewählten Form einen Beweisgrund für die Beleidigungsabsicht entnehmen können. Gleichzeitig hatte aber das OLG. auch noch den Zweifel geäußert, ob nicht die StrK. den gedanklichen Inhalt der Äußerung mit ihrer Form verwechselt habe. Nach diesem — allerdings mit dem anfänglich Gesagten nicht vereinbaren — Teil der Ausführungen schien demnach das OLG. damals die Frage verneinen zu wollen, ob das Wort „ordinär“ eine formale Beleidigung darstelle.

In Übereinstimmung mit dem letzten Teil des früheren Urteils billigt derselbe Senat im obigen Falle die Annahme des LG., daß der Gebrauch des Wortes „ordinär“ keine formale Beleidigung darstelle, soweit damit eine entsprechende Bezeichnung des Verhaltens des angeblich Beleidigten gegeben worden sei. In der Tat wird man diesem Standpunkt beipflichten müssen. Das Wort „ordinär“ wird in der deutschen Sprache durch Ausdrücke wie „gemein“, „ungehörig“, „unziemlich“, „schamlos“, „sittlich anstößig“ zu ersetzen sein. Mag zugegeben werden, daß der fremdsprachliche Ausdruck unschöner in die Ohren klingt, als die deutschen Bezeichnungen, so ist doch auch von ihm zu sagen, daß er zunächst nur einen Sachausdruck darstellt. Wenn sich jemand in sittlich verwerflicher, unanständiger Weise aufgeführt hat, so wird gegebenenfalls der Vorwurf „ordinären Benehmens“ gerechtfertigt sein. Es bleibt für den einzelnen Fall immer die Aufgabe, zu prüfen, ob das betreffende Verhalten durch den verwendeten Ausdruck zutreffend oder etwa übertrieben scharf gekennzeichnet worden ist. Birgt ein Sachausdruck inhaltlich einen die Ehre berührenden Vorwurf, so hängt dessen Strafwürdigkeit in erster Linie davon ab, ob der Vorwurf durch Tatsachen belegt werden kann oder nicht. Im allgemeinen wird man die Zulässigkeit des Ausdrucks „ordinär“ nur dann schlechthin verneinen dürfen, wenn der Äußernde für seinen Vorwurf eine Unterlage zu geben überhaupt nicht imstande ist. In diesem Falle kann von einer Sachbezeichnung nicht die Rede sein. Ein Wort, dem konkret ein sachlicher Inhalt nicht gegeben werden kann, sinkt zur leeren Form herab. Gibt seine abstrakte Bedeutung einen ehrenrührigen Vorwurf an die Hand, so liegt eine formale Beleidigung vor.

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Zu 14. Den Grundsatz, daß eine üble Nachrede nicht dadurch zu einer formalen Beleidigung werde, daß sie anstatt als Gerücht als Tatsache hingestellt wird, hat das OLG. bereits in der JW. 1928, 3005[6] abgedr. Entsch. aufgestellt. Diesem Grundsatz ist beizupflichten. Von einer Formverletzung kann immer nur dann die Rede sein, wenn sich der gewählte Ausdruck nicht als reiner Sachausdruck darstellt. Wer ein gerüchtweise gemeldetes Ereignis weitererzählt, berichtet immerhin ein sachliches Vorkommnis, und zwar auch dann, wenn er nicht besonders zum Ausdruck bringt, daß er das Berichtete nicht selbst beobachtet, sondern nur von dritter Seite erfahren habe. Der unterlassene Hinweis auf die Quelle hat nichts mit der Form zu tun, in welche die Kundgebung gekleidet wird.

Der Umstand, daß gewisse fremde Worte übler klingen, als die entsprechenden deutschen, darf nicht ohne weiteres dazu führen, sie als formale Beleidigungen hinzustellen. Taucht ein Fremdwort auf, so wird man zunächst immer feststellen müssen, mit welchem deutschen Worte das Fremdwort zu übersetzen sei. Ist das entsprechende deutsche Wort als ein reiner Sachausdruck anzuerkennen, so wird man der fremdsprachlichen Bezeichnung dieselbe Bedeutung beimessen müssen. Auf diese Weise werden viele Fremdworte („ordinär“, „perfid“, „impertinent“, „arrogant“, „unfair“, „Komödiant“, „Kreatur“) zunächst als zulässige Sachausdrücke anzusehen sein und eine Bestrafung nur dann rechtfertigen, wenn der in ihnen enthaltene Vorwurf unschönen Benehmens sachlich nicht belegt werden kann. Das im vorliegenden Falle gebrauchte Wort „Manöver“ wird durch die deutschen Ausdrücke „Handlungsweise“, „Verhalten“, „Machenschaft“ wiederzugeben sein. Diese Worte stellen ebensowohl reine Sachausdrücke dar, wie das Wort „Schliche“, an das man vielleicht sonst noch denken könnte. Wenn jemand einen Erfolg nicht auf geradem Wege, sondern vielleicht auf besonders listige Weise herbeigeführt hat, wird der Ausdruck „Schliche“ gerechtfertigt sein. Auch dieser Ausdruck enthält — ebenso wie die Nachrede „üblen Verhaltens“, „böser Machenschaften u. dgl. — einen die Ehre berührenden Vorwurf, indessen einen Vorwurf nur infolge der inhaltlichen Bedeutung der gewählten Worte. Von einer Formverletzung kann immer nur dann gesprochen werden, wenn eine Äußerung in eine Form gekleidet wird, die gegenüber dem auszudrückenden sachlichen Gedanken ein Mehr enthält. Wenn jemand Schliche anwendet, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, so deckt sich der in dem Worte „Manöver“ liegende Vorwurf mit dem auszudrückenden Gedanken, so daß ein als eine Formentgleisung zu wertendes Plus nicht übrigbleibt.

Daß ein Vergehen nach § 186 StGB., wenn die üble Nachrede zugleich formal verletzend ist, vorliegt, wird nicht zu bestreiten sein; wohl aber könnte man an eine Bestrafung zugleich aus §§ 186 u. 185 StGB. denken. Das RG. faßt zwar den § 186 StGB. gegenüber § 185 als ein Spezialdelikt auf, so daß, was aus § 185 StGB. strafbar ist, niemals zugleich nach § 186 StGB. zu beurteilen sei. Daß man hierüber anderer Meinung sein kann, habe ich in meiner Besprechung JW. 1930, 3401[9] auszuführen versucht (vgl. im übrigen auch JW. 1931, 938 Note 11).

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Zu 15. Dem Angekl. sind zwei beleidigende Äußerungen zur Last gelegt worden, die bei einer Gelegenheit getan worden waren. Für den ersten Punkt hatte das LG. den Strafschutz des § 193 StGB. zugebilligt, für den zweiten dagegen verneint. Eine derartige Scheidung war an sich möglich. Das OLG. billigt für den ersten Teil der Kundgebung die Straflosigkeit des Angekl. gem. § 193 StGB., glaubt aber die Ausführungen des LG. für den zweiten Teil beanstanden zu sollen.

Der zweite Teil der Äußerung bestand in der Erklärung des Angekl., „er habe von dem Gesagten nichts zurückzunehmen; das sei eine bewußte Unwahrheit, wenn das tatsächlich gefallen sei“. Die Ansicht der StrK. ging dahin, daß der Angekl. nicht gerade in der öffentlichen Stadtverordnetensitzung in der bezeichneten Weise gegen den Bürgermeister aufzutreten brauchte, daß ihm vielmehr zur Klärung der Sachlage und zur Wiederherstellung seiner Ehre andere Mittel zu Gebote gestanden hätten, so die Beantragung eines Untersuchungsausschusses. Weiterhin hatte die StrK. den Nachweis vermißt, daß der Angekl. in einer gewissen Zwangslage zu seiner Kundgebung verschritten sei. Das OLG. weist gegenüber diesen Bedenken des Vorderrichters mit Recht darauf hin, daß das Verhalten des Angekl. nicht nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen sei, son-

Strafschutz versagt, obwohl es angenommen hat, daß der Angekl. auch mit diesem Teil seiner Gesamtkundgebung „seine Interessen wahrnehmen wollte“ und „nicht nur eine Beleidigungsabsicht verfolgte“. Diese Stellungnahme ist im angef. Urt. zweifach begründet.

Einmal wird ausgeführt: Durch die Erklärung des Bürgermeisters, daß in der Aufsichtsratssitzung über das Aussetzen der Arbeiter gar nicht verhandelt worden sei, sei die Ehre des Angekl. als Arbeitervertreters vor aller Öffentlichkeit wiederhergestellt gewesen. Wenn der Angekl. aber nicht dieser Meinung gewesen sei — und dabei wird ihm das Urteil zugebilligt, daß er immerhin seine Stellung als Vertreter der Arbeiterinteressen auch durch die Erklärung des Bürgermeisters noch nicht für völlig wiederhergestellt gehalten haben mag —, so hätten ihm, wie bekannt gewesen sei, genügend andere Mittel zur Wiederherstellung seiner Ehre zu Gebote gestanden, z. B. die Beantragung eines Untersuchungsausschusses. Bei dieser Erwägung scheint die StrK. übersehen zu haben, daß der Strafschutz des § 193 StGB. auch Platz greift, falls der Täter *von seinem Standpunkt aus* — wenn auch irrtümlich — das gewählte Mittel *für geeignet und für notwendig gehalten hat* zur Wahrnehmung seiner berechtigten Interessen. Zu dieser Frage wird in der Urteilsbegründung nicht Stellung genommen. Eine Prüfung des Sachverhalts in dieser Richtung und ausdrückliche Feststellungen hierzu waren aber um so mehr geboten, als der Bürgermeister vom Angekl. *eine sofortige klare Antwort* verlangt hatte. Angesichts dieser Forderung lag für den Angekl. der Gedanke nahe, daß der Bürgermeister sich mit einem Antrag des Angekl. auf Einsetzung eines Untersuchungsausschusses nicht zufrieden geben würde.

Die Versagung des Strafschutzes des § 193 StGB. für die zweite Äußerung des Angekl. wird vom BG. weiter auf folgende Erwägungen gestützt: Diese Vorschrift verlange außer dem Interesse eine gewisse *Zwangslage*, die die Verletzung fremder Ehre als ein durch die Umstände gebotenes Mittel zur Wahrnehmung des berechtigten Interesses erscheinen lasse. Eine solche Zwangslage habe nach der Entgegnung des Bürgermeisters nicht mehr vorgelegen, da diese die Ehre des Angekl. rehabilitiert habe. Diese Erwägung ist jedoch um deswillen nicht durchschlagend, weil bei Berücksichtigung des in § 193 StGB. wesentlich mit in Frage kommenden subjektiven Momentes es auch darauf ankam, ob nicht der Angekl. von seinem Standpunkt aus seine Ehre auch durch die Erklärung des Bürgermeisters *nicht* völlig wiederhergestellt erachtete; und dies wird ihm gerade im BU. zugebilligt.

Aber auch im übrigen vermögen jene Ausführungen die Verneinung der Anwendbarkeit des § 193 StGB. nicht zu rechtfertigen.

Allerdings ist nach der jetzt in Rspr. und Schrifttum herrschenden, vom RevG. geteilten Meinung das Interesse, das durch § 193 StGB. geschützt werden soll, gegen das Interesse am Schutz der Ehre abzuwägen. Auf Grund dieser Rechtsgüterabwägung ist aber — abgesehen vom Falle der Aufstellung ehrenkränkender Behauptungen *wider besseres Wissen* — die Anerkennung der Interessenwahrung als berechtigt und damit die Anwendung des § 193 StGB.

---

dern danach, was er *von seinem Standpunkte* aus zur Wahrung seiner Ehre für geeignet und für notwendig hielt.

Das RevG. vermißt weiterhin aber auch noch den Nachweis, daß der Angekl. den beanstandeten Ehrangriff *leichtfertig*, d. h. ohne genaue Prüfung und Andeutung bestehender Zweifel getan habe.

Mit der Annahme, daß die Leichtfertigkeit der Nachrede den Schutz des § 193 StGB. ausschließe, folgt der 1. StrSen. dem 2., der sich bereits JW. 1930, 1757[6] in derselben Weise ausgesprochen hat. Wennschon das RG., der 4. StrSen. des KG. sowie das OLG. Hamburg den gleichen Standpunkt vertreten und im Schrifttum *Liepmann*: JW. 1928, 1609 und *Mannheim*: JW. 1928, 825 der reichsgerichtlichen Auffassung zustimmen, so sind doch auch gegenteilige Stimmen laut geworden, so *Dohna*: JW. 1930, 1757[15], *Engelhard*: JW. 1930, 3001[34] und *Unger*: JW. 1931, 229[10]. Dieser Minderheit möchte ich mich anschließen. Dies vor allem deshalb, weil der Wortlaut des Gesetzes der gegenteiligen Ansicht keine Stütze bietet. Zur Auslegung des schwierigen § 193 StGB. hat das RG. von jeher mannigfache Umschreibungen gegeben, welche die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmung klarzulegen allerdings geeignet waren. Diese Umschreibungen haben aber in der Praxis insofern Verwirrung angestiftet, als man sich dort nicht genügend vor Augen hielt, daß es sich hierbei nicht um den tatsächlichen Gesetzesinhalt handelte, sondern eben nur um Ausführungen zur Ausdeutung des Gesetzes. Hier kommt vor allem die Gepflogenheit des RG. in Betracht, die Bestrafung des Beleidigers nach § 193 StGB. Schlußteil von seiner „Absicht, zu beleidigen“ abhängig zu machen. Anderswo wird davon gesprochen, dem Beleidiger stehe der Schutz des § 193 StGB. nur zu, wenn er bei Wahrnehmung der berechtigten Interessen „die gebotene Grenze nicht überschritten“ habe. Auch wird vielfach das Erfordernis aufgestellt, daß der Täter, um den Gesetzesschutz zu genießen, sich in einer gewissen „Zwangslage“ befunden und die miteinander in Widerstreit stehenden Interessen pflichtgemäß miteinander abgewogen habe, also nicht „leichtfertig“ verfahren sei. Beschränken sich die Instanzgerichte darauf, ihre Entsch. nur mit derartigen Begriffsumschreibungen zu stützen, so werden sie mangels eines genügenden Nachweises der *gesetzlichen* Voraussetzungen leicht der Aufhebung verfallen. Nach dem Gesetze kommt es allein darauf an, ob der Täter bei der Verfolgung seines Rechts oder der Wahrnehmung seines berechtigten Interesses die „*Form*“ wahrte oder ob etwa aus den „*Begleitumständen*“ das Vorhandensein einer Beleidigung zu schließen sei.

Abgesehen davon, daß der Gesetzeswortlaut keine Stütze bietet, bestehen gegen die hervorgehobenen Redewendungen noch folgende Bedenken. Vor der Prüfung, ob § 193 StGB. einschlägt, muß immer erst der *Vorsatz* der Beleidigung festgestellt werden. Eine Bestrafung trotz Annahme berechtigter Interessen erfolgt nach dem RG., wenn der Angekl. die „*Absicht*“ hatte, einen anderen in seiner Ehre zu verletzen. Will man für die Bestrafung nach § 193 StGB. Schlußteil auch die „*Leichtfertigkeit*“ einer üblen Nachrede heranziehen, so käme man noch zu einem dritten Schuldelement. Denn wenn sich dieser Begriff auch nicht mit der *Fahrlässigkeit* im technischen Sinne deckt, so ist die „Leichtfertigkeit“ doch immerhin eine Art von Fahrlässigkeit.

Abgesehen von dieser unerträglichen Häufung von Schuldmomenten, will das Erfordernis einer mit der üblen Nachrede (§ 186 StGB.) verbundenen „*Leichtfertigkeit*“ auch nicht mit der Behandlung des § 187 StGB. stimmen. Bekanntlich kann, wenn auch nur in seltenen Fällen, § 193 StGB. gegenüber der verleumderischen Beleidigung des § 187 StGB. einschlagen (vgl. RGSt. 42, 441; 48, 414). Genießt aber unter Umständen selbst eine *wider besseres Wissen* verbreitete üble Nachrede den Strafschutz des § 193 StGB., so muß es befremden, daß nur *leichtfertig* ausgesprochene Verdächtigungen — wie RGSt. 63, 92 ausspricht — „*überhaupt nicht*“ des Strafschutzes des § 193 StGB. teilhaftig werden sollen. Hinzu kommt, daß die Strafbarkeit einer nach § 186 StGB. zu beurteilenden Äußerung nach dem Gesetz schon dann entfällt, wenn sich die behauptete Tatsache als wahr erweist. Sonach gilt es für § 186 StGB. gleich, ob der Täter bei Aufstellung seiner Behauptung von ihrer Wahrheit überzeugt war oder etwa mit ihrer Unerweislichkeit rechnete. Mit Recht führt RGSt. 16, 141 aus, daß im Falle des § 186 StGB. nicht schon das Bewußtsein der Unerweislichkeit genügen kann, um beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 193 StGB. den Tatbestand einer *strafbaren Beleidigung* festzustellen.

Wenn der Tatrichter prüft, ob der Täter etwa die beleidigende Äußerung „*leichtfertig*“ aufgestellt habe, so ist gegen eine solche Untersuchung gewiß nichts einzuwenden. Bedenklich ist nur, diese Prüfung als eine *grundsätzliche* Notwendigkeit hinzustellen. Hält der Tatrichter eine derartige Prüfung für angebracht, so wird sie zweckmäßig schon *vor* der Erörterung aus § 193 StGB. vorgenommen werden. Im Regelfalle wird sich bei der für § 186 immer notwendigen Nachprüfung der Wahrheit der behaupteten Tatsache bereits ohne weiteres zeigen, ob die Behauptung leichtfertig aufgestellt worden war oder nicht. Ergibt sich die Leichtfertigkeit, so wird man hieraus meist schließen können, daß der Beleidigende überhaupt keine berechtigten Interessen verfolgte, als er die Äußerung tat. Einen Beweisgrund dafür zu schaffen, daß der Täter nicht die Wahrnehmung berechtigter Interessen bezweckte, ist aber etwas ganz anderes als die Behandlung, die das RG. dem Begriffe der Leichtfertigkeit im Zusammenhang mit § 193 StGB. angedeihen läßt. Das RG. wendet sich der Frage der Leichtfertigkeit erst zu, *nachdem* der Zweck der Interessenwahrnehmung untersucht und im Einzelfalle bejaht worden ist.

Im vorliegenden Falle war in Wahrheit eine Untersuchung darüber, ob eine leichtfertig aufgestellte Behauptung vorlag, von vornherein überflüssig. Das OLG. konnte nicht nur von näheren Rechtsausführungen sowie von einer Aufhebung des angef. Urt. und einer Rückverweisung der Sache absehen, sondern hätte angesichts der von dem Tatrichter getroffenen Feststellungen sofort auf Freisprechung des Angekl. erkennen müssen. Denn nach den Feststellungen der StrK. konnte eine Verurteilung des Angekl. wegen Beleidigung überhaupt nicht in Frage kommen. Das OLG. hebt an einer Stelle seiner Urteilsbegründung selbst die Beweisannahme des Vorderrichters hervor, wonach der Angekl. auch mit dem zweiten Teile seiner Kundgebung „*seine Interessen wahrnehmen wollte und nicht nur eine Beleidigungsabsicht verfolgte*“. Mit der Feststellung, daß der Angekl. auch insoweit die *Wahrnehmung seiner Interessen*, die nach dem ganzen Zusammenhang sich ohne weiteres als berechtigt ergaben, *bezweckte*, war seine Straflosigkeit ohne weiteres gewährleistet. Ob der Angekl. außer der Absicht, seine Interessen wahrzunehmen, auch noch von der *Absicht, zu beleidigen*, erfüllt war, blieb rechtlich bedeutungslos. Denn die Absicht der Rechtswahrung oder der Interessenwahrnehmung, auf die es bei § 193 StGB. allein ankommt, entfällt, wenn sie einmal bejaht ist, nicht um deswillen, weil außer dieser Absicht auf seiten des Angekl. etwa noch eine oder eine Mehrheit von anderen Absichten nachweisbar ist. In diesem Sinne hat sich auch das RG. schon mehrfach ausgesprochen (vgl. RGSt. 20, 100; 29, 54; JW. 1917, 233[3, 4]; 1926, 1173[10]; 1927, 202[16]; 1929, 2728[26] und meine Anm. hierzu).

OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

nur dann ausgeschlossen, wenn jemand zur Wahrung seiner Interessen entgegen den Anforderungen von Recht und Sittlichkeit leichtfertig, d. h. auf haltlose Vermutungen hin ohne genaue Prüfung und Andeutung bestehender Zweifel, durch die Behauptung unwahrer Tatsachen die Ehre eines anderen gröblich verletzt (vgl. RGSt. 63, 92 ff., 202 ff.). Die Feststellung einer Leichtfertigkeit des Angekl. in diesem Sinne läßt die Urteilsbegründung vermissen.

In der neuen Hauptverhandlung wird auch erneut zu prüfen sein, ob der letzte Halbsatz der zweiten Äußerung des Angekl. nicht ein echter Bedingungssatz ist, und ob der Angekl. dadurch etwa zum Ausdruck bringen wollte, daß er zwar durch die Erwiderung des Bürgermeisters nicht von der Haltlosigkeit des von ihm — dem Angekl. — erhobenen ehrenrührigen Vorwurfs überzeugt worden sei, daß die Entgegnung aber andererseits auch Zweifel an der Glaubwürdigkeit seiner Gewährsmänner in ihm erweckt habe.

(OLG. Dresden, Urt. v. 9. April 1930, 1 OSt 46/30.)

*

16. § 199 StGB. Dieselbe Tat kann nicht Gegenstand der Verurteilung und zugleich der Straffreierklärung sein.

Rechtliche Bedenken müssen sich dagegen erheben, daß ein Teil der vom LG. als einheitliche Straftat angesehenen Gesamtbeleidigung zu einer Aufrechnung nach § 199 StGB. verwendet worden ist. Einunddieselbe Tat kann nicht teils Gegenstand der Verurteilung teils der Straffreierklärung sein. Stellt sich, was an sich möglich, eine einheitliche Beleidigungstat nur zum Teil als Erwiderung auf der Stelle dar, so kann diesem Umstande bei der Bewertung des Ganzen lediglich in der Form Rechnung getragen werden, daß für die Gesamttat, die zur Verurteilung führt, nicht das volle Maß der Strafe zugemessen wird. Hierzu sei noch bemerkt, daß das LG. die vom Erstrichter ausgesprochene Zuerkennung der Veröffentlichungsbefugnis uneingeschränkt aufrechterhalten hat, für diese Zuerkennung es aber insoweit, als Straffreierklärung erfolgt ist, an der gesetzlichen Voraussetzung fehlt, da § 200 StGB. Verurteilung zu Strafe erfordert.

(OLG. Dresden, Urt. v. 7. Juli 1931, 2 OSt 117/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Kiel.

17. § 123 StGB. Zum Begriff des befriedeten Besitztums.

Die Rev. des Angekl. mußte zu seiner Freisprechung unter Aufhebung des angefochtenen Urt. der kleinen StrK. führen. Diese wendet den Begriff des befriedigten Besitztums auf das nicht eingehegte Grundstück der Privatkl. an, weil es im unmittelbaren Zusammenhange mit dem Wohnhaus stehe und dessen Zubehör als Hofraum bilde. Diese Begründung rechtfertigt aber in dem hier gegebenen Falle die Annahme, daß ein eingefriedigtes Besitztum vorliege, nicht. Eingefriedigt ist, wie in der Rspr. allgemein anerkannt ist, ein Grundstück nur dann, wenn es in äußerlich für jedermann erkennbarer Weise gegen das beliebige Betreten durch andere gesichert ist. Nun stellt aber der Vorderrichter fest, daß der auf das Grundstück auslaufende Stichweg und die Plätze um die Häuser der Privatkl. und der Frau K. eine einheitliche Rasenfläche bilden und ohne Grenzen ineinander übergehen, so daß nicht erkennbar ist, wo der öffentliche Weg aufhört, wo das Grundstück der Privatkl. und wo das der Frau K. beginnt. Irgendwelche Schutzwehren bestehen nicht, die Privatkl. hatte lediglich ein Reck errichtet, das aber als Einfriedigung schon deshalb nicht in Betracht kam, weil es außerhalb des Grundstücks auf dem öffentlichen Stichweg errichtet war. Bei einer solchen Sachlage fehlt es an jeder äußerlich sichtbaren Abgrenzung des Grundstücks der Privatkl. und es liegt schon deshalb ein befriedetes Besitztum nicht vor.

(OLG. Kiel, StrSen., Urt. v. 25. April 1931, 3 V 3/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Bovensiepen, Kiel.

*

Königsberg.

18. § 370 Ziff. 5 StGB. Mundraub an Teilen einer nicht zum hauswirtschaftlichen Gebrauch geeigneten Sache.

Das LG. verkennt, daß es sich bei den entwendeten, von einem Sattel abgeschnittenen Lederteilen um Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs handelt. Ein solcher Gegenstand kann auch zum Ausbessern von Schuhwerk geeignetes Leder sein. Es kann aber diese Eigenschaft den entwendeten Lederteilen nicht deshalb abgesprochen werden, weil sie vor ihrer Abtrennung Bestandteile eines Gegenstandes bildeten, welcher nicht zum Verbrauch in der Hauswirtschaft geeignet war. Diese Eignung ergab sich in dem Augenblick, in dem die Lederteile durch das Abschneiden selbständigen Wirtschaftswert erhielten. Die Handlung, durch die sie diese Eigenschaft erlangten, bildete eine selbständige Sachbeschädigung und die Diebstahlshandlung setzte erst nach Vollendung des Vergehens gegen § 303 StGB. ein.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 15. Juni 1931, S 196/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

2. Strafrechtliche Nebengesetze.

Berlin.

19. § 222 StGB.; BaupolizeiVO.; Unfallverhütungsvorschriften der Baugewerks-Berufsgenossenschaften. Bauunternehmer. Hochspannungsleitung bei Neubauten. Fahrlässige Tötung. Kausalzusammenhang.

Der Vorderrichter hat zunächst nicht verkannt, daß der Angekl. als leitender Bauunternehmer rechtlich besonders zur Aufmerksamkeit und Vorsicht verpflichtet war, sowohl im allgemeinen (vgl. RGSt. 46, 337; Olshausen, StGB., 11. Aufl., Anm. 2 zu § 222 S. 990), gesteigert durch die jedem Erwachsenen bekannte Lebensgefahr bei Hochspannungsleitungen, als auch insbes. auf Grund der ihn speziell verpflichtenden Vorschriften der BaupolVO. für das platte Land des RegBez. N. v. 1. Juli 1927 (Sonderbeil. zu Stück 34 des RegAmtsbl.) und der Unfallverhütungsvorschriften der Nordöstlichen Baugewerks-Berufsgenossenschaft v. 12. Juni 1920.

Die BaupolVO. v. 1. Juli 1927, gegen deren Erlaß und Verkündung formelle Bedenken nicht zu erheben sind (vgl. KG. 1 S 375/28), trifft im Abschn. III unter der Überschrift: Schutzmaßregeln und Arbeiterfürsorge im § 33 „Maßnahmen bei der Ausführung von Bauarbeiten". In Frage kommen insbes. Abs. 1 Satz 1, der generell Schutzmaßnahmen für Leben und Gesundheit der Arbeiter anordnet, und Abs. 5a, der insbes. die bei Hochspannungsleitungen erforderlichen Maßregeln durch Hinweis auf die Unfallverhütungsvorschriften der Nordöstlichen Baugewerks-Berufsgenossenschaft (§ 23) trifft. Diese Vorschriften der BaupolVO. halten sich auch materiellrechtlich im Rahmen des § 10 II 17 ALR. i. Verb. m. § 6 PolVerwG. v. 11. März 1850, da sie unbedenklich der Abwehr der mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Gefahren für Leben und Gesundheit der bei Bauten tätigen Arbeiter usw. dienen. Daß gerade den Angekl. als Bauunternehmer, d. h. als die für die ihm unterstellten Arbeiter maßgebende Persönlichkeit eine besondere Rechtspflicht zur Vorsicht trifft, findet den Grund in seiner Stellung, die ihn insbes., auch wegen seiner Kenntnisse und Erfahrungen, in die Lage versetzt, die hier notwendigen Anordnungen rechtzeitig und bindend zu treffen, während die ihm unterstellten Organe, wie der Sachverhalt erneut beweist, vielfach zu versagen pflegen. Der Angekl. war ferner nach den Feststellungen des vorinstanzlichen Urteils zu dieser erhöhten Sorgfaltspflicht sowohl persönlich als auch nach Lage der Verhältnisse imstande. Vor dem Unfall war er mehrfach an Ort und Stelle; die Scheune war schon längere Zeit errichtet, aber noch nicht gedeckt, und es hätte seiner Aufmerksamkeit jetzt zum mindesten nicht entgehen dürfen, daß die über das ungedeckte Dach in geringer Höhe hinführende Hochspannungsleitung seine Arbeiter bei den noch zu erledigenden Dachdeckerarbeiten aufs schwerste gefährdete. Was schon längst, jedenfalls vor Errichtung der Scheune hätte geschehen müssen, daß die Hochleitung jedenfalls zur Zeit der Arbeit ausgeschaltet oder eine anderweite ausreichende Sicherungsmaßnahme (z. B. Verlegung der Leitung usw.) getroffen war, hätte jetzt vor Weiterführung der Dachdeckerarbeiten an der Scheune geschehen müssen. Sonst war nach der Erfahrung des täglichen Lebens und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit einer hohen Gefährdung der Arbeiter zu rechnen. Wenn der Vorderrichter auf Grund dieses Sachverhalts die vorgefallene Unterlassung dem Angekl. als Fahrlässigkeit anrechnet, so liegt hierin keine Überspannung des Begriffes der Fahrlässigkeit (vgl. RGSt. 17, 260; 26, 54; 29, 218; 34, 91; 36, 78; 52, 42; 54, 349; 56, 343; 59, 341; 60, 84; GoltdArch. 68, 273; Olshausen, 11. Aufl., 1927, Anm. 3 S. 992 ff.; Kohlrausch, StGB., 1930, Anm. 2, 3, 8, 9 zu § 222).

Aber auch die von der Revision weiter erhobene Rüge der Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Unterlassung des Angekl. und dem Tode seines Arbeiters gehen fehl.

Es mag sein, daß gleichzeitig auch dem aufsichtführenden Maurerpolier und dem Gutsinspektor wie auch den Verunglückten selbst ein mitwirkendes, fahrlässiges Verschulden an dem Unfall trifft. Der Senat braucht das hier nicht näher zu untersuchen. Denn es ist ein anerkannter Rechtsgrundsatz, gerade auch im Bereich des § 222 StGB., daß derartige Umstände die strafrechtliche Verantwortlichkeit des maßgebenden Bauunternehmers nicht beseitigen. Daß ein Arbeiter in einer solchen Lage wie im vorliegenden Falle durch die Hochspannungsleitung zu Tode oder doch zu schwerer Lebens- und Gesundheitsschädigung kommen konnte, war voraussehbar und lag durchaus im Rahmen menschlicher Berechnung. Hierauf kommt es aber für die Frage des ursächlichen Zusammenhangs ausschlaggebend an; denn eine bewußt vorsätzliche Herbeiführung des Unfalls, welche den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Unterlassung des Angekl. und dem Tode des Arbeiters hätte unterbrechen können, kommt, wie der Vorderrichter ausreichend festgestellt hat, bei keinem der sonst beteiligten Personen in Frage (RGSt. 1, 373; 6, 249; 22, 173; 29, 218; 34, 91; 39, 397; 56, 343; 57, 172). Die festgestellte Fahrlässigkeit des Angekl. braucht endlich nicht die ausschließliche Ursache des

Unfalls gewesen zu sein (vgl. LpzKomm., 4. Aufl., Anm. 5 zu § 22 S. 689; Olshausen a. a. O. S. 991; Kohlrausch a. a. O. Anm. 4), um den Tatbestand des § 222 StGB. als rechtlich vorliegend zu erachten. Die Unterlassung des Angekl. hat unbedenklich eine der Bedingungen des tödlichen Unfalls gesetzt. Das genügt.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 10. März 1931, 1 S 97/31.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Stienen, Neutempelhof.

*

Dresden.

20. § 1 Ziff. 2, 3 Sächs. Ges. betr. den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen v. 25. Juni 1887. Unter der Innenseite sind nicht nur die mit dem Inhalt unmittelbar in Berührung stehenden Teile zu verstehen.

Die von der Firma D. gewerbsmäßig vertriebenen Kaffeekochmaschinen bestehen aus einem Kupferkessel, dessen Innenseite derart verzinnt ist, daß zunächst in mechanischer Feuerverzinnung eine über 35% Blei enthaltende Schicht aufgetragen und über diese auf elektrolytisch-galvanischem Wege eine etwa 0,02 mm dicke Schicht Reichszinn, deren Bleigehalt weniger als 1% beträgt, aufgelegt ist. Nach § 1 Abs. 1 Ges. v. 25. Juni 1887, betr. den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen, dürfen Eß-, Trink- und Kochgeschirre weder ganz noch teilweise aus Blei oder einer mehr als 10% Blei enthaltenden Metallegierung hergestellt sein. Auch dürfen sie an der Innenseite nicht mit einer mehr als 1% Blei enthaltenden Metallegierung verzinnt oder mit einer mehr als 10% Blei enthaltenden Metallegierung gelötet sein. — Das LG. hat die in Frage stehenden Kaffeemaschinen als Kochgeschirre i. S. von § 1 Abs. 1 aufgefaßt und angenommen, daß sie dem Gesetz zuwider hergestellt seien, weil die an der Innenseite angebrachte stark bleihaltige Verzinnung mehr als 1% Blei enthalte. Die Doppelverzinnung hat es dabei als eine Verzinnung angesehen, da die beiden Schichten durch mechanisches Verfahren nicht wieder trennbar seien.

Der Meinung der BeschwF., daß als Innenseite nur die auf galvanischem Wege aufgetragene bleiarme Zinnschicht zu betrachten sei, da nur diese mit dem Inhalt der Kaffeemaschine in unmittelbare Berührung komme, kann nicht beigetreten werden. Eine derart einschränkende Auslegung des Begriffs der „Innenseite" verbietet sich schon mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes, das zwar in § 3 von den „mit dem Inhalt in unmittelbare Berührung kommenden Teilen" spricht, in § 1 Abs. 1 Ziff. 2 diese Einschränkung aber nicht enthält. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht gegen die von der Rev. vertretene Ansicht. Die ursprüngliche Fassung des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 in dem RegEntw. enthielt die Einschränkung „an der Innenseite" überhaupt nicht (StenBer. des RT. 1887, III, 298). Die Einfügung dieser Worte beruht auf einem Beschl. der RTKomm., die damit, wie ausdrücklich betont wurde, die Möglichkeit schaffen wollte, im Bedarfsfalle äußerlich ein bleireicheres Lot zu verwenden (StenBer. I, 481). Die Innenseite ist also scharf von der Außenseite zu trennen. Daß die zwischen der Kupferwand und der bleiarmen Schicht liegende stark bleihaltige Schicht nicht zur Außenseite gehört, kann keinem Zweifel unterliegen. Daß unter der „Innenseite" nicht ohne weiteres nur „die mit dem Inhalt in unmittelbare Berührung kommenden Teile" zu verstehen sind, ist auch daraus zu entnehmen, daß ebenso wie die Fassung des § 1 Abs. 1 Ziff. 2, so auch die des § 3 auf den Beschl. der RTKomm. beruht und diese, wenn sie die beiden Begriffe hätte gleichstellen wollen, dann auch für die beiden Bestimmungen die gleiche Formulierung gewählt haben würde.

Selbst wenn man aber annehmen wollte, daß die fraglichen Kaffeemaschinen unter § 3 fielen, so würde ihre Herstellung auch dieser Bestimmung zuwiderlaufen. Nach § 3 dürfen diejenigen Teile, die bei dem bestimmungsgemäßen oder vorauszusehenden Gebrauch mit dem Inhalt in Berührung kommen, nicht dem § 1 zuwider hergestellt sein. Das LG. hat nun in tatsächlicher Würdigung festgestellt, daß auch bei ordnungsmäßiger Benutzung der Kaffeemaschine die galvanische Zinnschicht bei Abspringen oder Beseitigung von Kesselstein im Laufe der Zeit durchbrochen werden kann. Danach würde also auch bei bestimmungsmäßigem Gebrauch der Kaffeemaschine die stark bleihaltige Zinnschicht unmittelbar mit dem Inhalt in Berührung kommen und der Erfolg eintreten, den auch § 3 verhindern will.

Auch soweit die Rev. die Annahme, daß nur eine Verzinnung vorliege, als auf denkgesetzlich unrichtigen Erwägungen beruhend bemängelt, kann ihr nicht beigetreten werden. Wollte man aber zwei selbständige Verzinnungen annehmen, so würde die Herstellung der Kaffeemaschinen zwar nicht § 1 Abs. 1 Ziff. 2, wohl aber § 1 Abs. 1 Ziff. 1 zuwiderlaufen. Denn dann würde die auf mechanischem Wege aufgetragene Verzinnung einen Teil des Kochgeschirrs selbst bilden und als solcher nicht mehr als 10% Blei enthalten dürfen, während sie, wie festgestellt, tatsächlich mehr als 35% Blei enthält. Demgegenüber hat zwar der Verteidiger unter Bezugnahme auf das Urt. des KG. v. 15. Sept. 1930 (4 S 66. 30/76) den Standpunkt vertreten, daß § 1 Abs. 1 Ziff. 1 sich nur auf einem solchen Teil des Geschirrs beziehe, der nach einer mechanischen Zerlegung des Geschirrs sich als selbständiger körperlicher Gegenstand ablöse und ablösen lasse. Eine derartige einschränkende Auslegung findet jedoch weder in dem Wortlaut, noch in dem Zwecke des Gesetzes, das ja gerade verhüten will, daß aus bleihaltigen Geschirren der Bleigehalt an die darin aufgenommenen Speisen oder Getränke übergeht und diese dadurch gesundheitsschädlich werden, ihre Berechtigung. Auch in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes findet die vom KG. vertretene Rechtsansicht keine Stütze. Bei den RTBeratungen (StenBer. I, 483) hat im Gegenteil der Abgeordnete Dr. Witte ausdrücklich seiner Ansicht dahin Ausdruck verliehen, daß „alles, was einen integrierenden Teil eines Flüssigkeitsmaßes oder Trinkgeschirrs bilde, genau den Bestimmungen des Gesetzes entsprechend hergestellt werden müsse", und diese Erklärung, die sich auch auf Eß- und Kochgeschirre bezog, hat bei den Beratungen keinerlei Widerspruch gefunden.

(OLG. Dresden, Urt. v. 15. April 1931, 1 OSt 43/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

21. Art. 1 § 4 Abs. 1 NotG. v. 24. Febr. 1923. Hat die Behörde die Erlaubnis zum Ausschank an Mitglieder eines Vereins erteilt, so bezieht sich diese auch auf solche Personen, die auf Grund später errichteter Vereinsstatuten nur als passive Mitglieder zugelassen werden.

Die Gartenkolonie, deren Vorstand der Angekl. war, hat vom Stadtrat die Erlaubnis zum gewerbsmäßigen Ausschank von Bier usw. erhalten unter der Bedingung, daß Getränke nur an Mitglieder der Gartenkolonie und deren Angehörige verabreicht werden durften. Diese Konzessionsbedingung hat der Stadtrat durch eine dem Angekl. zugefertigte Zuschrift später dahin erläutert, daß als Vereinsmitglieder nur Gartenbesitzer gemeint seien.

Zur Zeit der Konzessionserteilung hatte die Gartenkolonie noch keine Statuten. Diese sind erst später beschlossen worden. Danach sind Mitglieder des Vereins die Besitzer von Schrebergärten in dem fraglichen Gelände; außerdem ist bestimmt, daß Gartenfreunde, die noch keinen Garten haben, dem Verein zunächst als passive Mitglieder beitreten können. Auf Grund der Konzession sind auch an solche passive Mitglieder Getränke ausgeschänkt worden.

Der Vorderrichter hat ohne nähere Prüfung die von der Verwaltungspolizei getroffene spätere Anordnung als für den Angekl. verbindlich bezeichnet und ausgeführt, daß der Angekl. an die in dieser Zuschrift dargelegte Auffassung der Behörde gebunden gewesen sei. Eine Nichtbefolgung dieser Zuschrift konnte jedoch den Tatbestand des Art. I § 4 Abs. 1 NotG. nur dann erfüllen, wenn die Nichtbefolgung eine Abweichung von den in dem ursprünglichen Erlaubnisschein festgesetzten Bedingungen enthielt. Die Auffassung der Verwaltungsbehörde war nicht für das Strafgericht bindend, da die Zuschrift kein selbständiges Polizeiverbot enthielt, sondern nur ein Verbot von Handlungen betraf, die den Tatbestand einer bereits gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung darstellten. Es unterlag daher der Prüfung des Gerichts, ob der in dieser Zuschrift dargelegten Auffassung der Verwaltungsbehörde gegenüber dem Konzessionsschein bindende Wirksamkeit beizumessen war.

Daß eine nachträgliche Einschränkung der Schankerlaubnis — ebenso wie ihre völlige Rücknahme — kraft freier Widerrufsbefugnis ausgeschlossen war, unterliegt keinem Zweifel (vgl. § 40 Abs. 1 GewO.). Ebensowenig konnte die Verwaltungsbehörde im Wege einer nachträglichen einseitigen Auslegung des Sinnes der Erlaubnisbedingungen die Erlaubnis einschränken, wenn einer solchen Auslegung ein klarer, keine Zweifel zulassender Wortlaut des Erlaubnisscheins entgegenstand. Das ist aber vorliegend der Fall. Denn nach dem klaren Wortlaut des Erlaubnisscheins ist der Ausschank von Getränken an die Mitglieder des Vereins schlechthin — ohne jede Einschränkung — genehmigt worden. Danach bezog sich die Konzession auf alle Personen, die z. Z. ihrer Erteilung und später dem Verein angehörten und die Rechte und Pflichten eines Mitglieds hatten, gleichgültig, welcher Art ihre Mitgliedschaft war, also auch auf passive Mitglieder. Selbst wenn z. Z. der Erteilung der Erlaubnis der Verein nur aus den Gartenbesitzern gebildet und die Möglichkeit, dem Verein als passives Mitglied beizutreten, erst in den späterhin aufgestellten Statuten geschaffen worden wäre, würde dies unerheblich sein, weil der Konzessionsschein seinem klaren Wortlaut nach eine Einschränkung dahin, daß der Ausschank von Getränken nur an die im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung vorhandenen Mitgliederkategorien gestattet sei, nicht enthält. Wenn die zur Erteilung der Erlaubnis zuständige Stelle den Ausschank nur an Gartenbesitzer genehmigen wollte, so hätte sie dies in dem Erlaubnisschein zum Ausdruck bringen müssen.

(OLG. Dresden, Urt. v. 29. April 1931, 1 OSt 51/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

22. §§ 1, 23, 30 Ziff. 11 GaststättG.; § 2 StGB. **Der Erwerber einer realen Schankwirtschafts-Gerechtigkeit muß vor Beginn der Ausübung die Erlaubnis einholen. Diese Pflicht besteht für einen den Ausschank von Getränken betreibenden Verein auch dann, wenn er den Ausschank nicht in der Absicht der Gewinnerzielung betreibt. Eine fortgesetzte Handlung, die, unter der Herrschaft eines Gesetzes begonnen, bis in die Geltungsdauer eines neuen Gesetzes hinein vorgenommen wird, ist erst unter der Geltung des neuen Gesetzes „begangen", so daß § 2 Abs. 2 StGB. nicht anzuwenden ist.** †)

Mit Recht durfte der AR. dahingestellt sein lassen, ob die Schankwirtschaftsgerechtigkeit zur Zeit der Begehung der Straftat trotz Löschung im Grundbuch materiell-rechtlich noch auf diesem Grundstück ruhte. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, würde der Eigentümer dieses Grundstücks, der durch den Angekl. als Vorstand vertretene Verein, zum Betriebe der Schankwirtschaft sowie auch zum nicht gewerbsmäßigen Ausschank von Getränken in diesem Grundstücke (vgl. § 33 Abs. 6 GewO. i. d. Fass. des Art. I § 1 Ziff. 2 NotG. v. 24. Febr. 1923 und § 23 Abs. 1 GaststättG. v. 28. April 1930 [RGBl. 145], und zwar sowohl unter der Herrschaft des § 33 GewO. i. d. Fass. des Art. I § 1 NotG., als auch unter der Herrschaft des GaststättG. der Erlaubnis der zuständigen Behörde bedurft haben (vgl. hierzu §§ 10, 33, 48 GewO. sowie §§ 1 Abs. 1, 23, 24 GaststättG. und § 1 SächsAusfVO. dazu v. 27. Juni 1930 [SächsGBl. 42]). Nach der im Schrifttum und auch in der Rspr. herrschenden Ansicht waren die Besitzer von realen Gast- und Schankwirtschaftsgerechtigkeiten auch nach den ursprünglichen Vorschriften der GewO. von dem Erfordernisse der Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft nicht entbunden. § 48 GewO. ist nicht etwa dahin zu verstehen, daß von dem Erwerber einer Realgewerbeberechtigung, falls er diese persönlich ausüben will, weiter nichts gefordert werden könne, als daß er persönlich befähigt sei. Vielmehr hatte auch der Erwerber eines solchen Realrechts u. a. die Anzeige von dem Beginne des Betriebs gemäß § 14 GewO. zu erstatten und er hatte weiter in denjenigen Fällen, in denen das Gesetz den Beginn des selbständigen Gewerbebetriebs von einer besonderen Genehmigung (Konzession, Approbation) abhängig macht, vor Beginn der Ausübung des Gewerbes die Konzession usw. zu erwerben. Die unbefugte Ausübung eines Realrechts, d. h. also dessen Ausübung ohne die erforderliche Erlaubnis, war daher auch schon vor dem Inkrafttreten des GaststättG. gemäß § 147 Abs. 1 Ziff. 1 GewO. bzw. gemäß Art. I § 4 NotG. strafbar (vgl. Landmann-Rohmer, Komm. z. GewO., 8. Aufl., Bd. I Anm. 5 zu § 10, Anm. 5d zu § 33 und Anm. 2 Abs. 4 zu § 48). Entsprechend dieser Behandlung der Realgewerbeberechtigungen unter der Herrschaft des § 33 GewO. behandelt nunmehr auch das am 1. Juli 1930, also während der Begehung des dem Angekl. zur Last gelegten fortgesetzten Schankvergehens, in Kraft getretene GaststättG. die realen Gast- und Schankwirtschaftsgerechtigkeiten. Für die Voraussetzungen der Ausübung dieser Gerechtigkeiten hat nunmehr § 24 Abs. 1 GaststättG. eine reichsrechtliche Grundlage geschaffen. Es ist hier an die Spitze der Grundsatz gestellt, daß die Vorschriften dieses Gesetzes mit Ausnahme derjenigen in § 1 Abs. 2 über den Bedürfnisnachweis, in § 2 Ziff. 3 über die Lage der Räume, und in § 2 Abs. 1 Ziff. 4 über das öffentliche Interesse hinsichtlich der Verwendung der Räume Anwendung finden. Nicht ausgenommen von der Anwendung ist hiernach die Vorschrift in § 1 Abs. 1 GaststättG., so daß also auch unter der Herrschaft des GaststättG. derjenige, der eine Gast- oder Schankwirtschaft- usw. Gerechtigkeit ausüben will, der gewerbepolizeilichen Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 GaststättG. bedarf (vgl. Rohmer, Komm. z. GaststättG. Anm. 2d zu § 24).

Der Feststellung des Vorliegens eines Gewerbebetriebes bedurfte es nicht; denn die Erlaubnispflicht der den Ausschank von Getränken betreibenden Vereine bestand nach § 33 GewO. und besteht nach § 23 Abs. 1 GaststättG. auch dann, wenn der Verein den Ausschank nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben hat (vgl. hierzu v. Landmann-Rohmer a. a. O. Anm. 12 zu § 33 und Rohmer a. a. O. Anm. 3 zu § 23).

Der Wechsel der Gesetzgebung steht der Aufstellung der Tat als einer fortgesetzten Handlung nicht entgegen. Erstreckt sich die Begehung des fortgesetzten unbefugten Betriebs der Schankwirtschaft bzw. des fortgesetzten unbefugten — nicht gewerbsmäßigen — Ausschanks von Getränken über die Geltungsdauer der Vorschriften in § 33 GewO. i. d. Fass. des Art. I § 1 NotG. hinaus in diejenige des GaststättG., so lag eine unter dem älteren Gesetz abgeschlossene Straftat, wie sie § 2 Abs. 2 StGB. voraussetzt, nicht vor, so daß also diese Vorschrift nicht anwendbar ist (vgl. RGSt. 43, 355; 44, 273, 278; 56, 54). Die Tat ist als fortgesetzte erst unter der Geltung des GaststättG. zum Abschluß gelangt und damit zu einer „begangenen" geworden. Nach der vom RG. in ständiger Rspr. vertretenen, vom erk. Sen. geteilten Auffassung kann die einheitliche Tat ihm Bestrafung nur aus einem Strafgesetz erfahren und dieses kann nur das zur Zeit des Abschlusses der Tat geltende sein, mag es nun strenger oder milder sein, als das zur Zeit des Beginns der strafbaren Tätigkeit geltende (vgl. RGSt. 50, 346; 51, 174).

(OLG. Dresden, Urt. v. 21. April 1931, 2 OSta 16/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

23. § 6 MaßO. v. 30. Mai 1908. **Im öffentlichen Verkehr wird eine im Keller befindliche Waage eines Kaufmanns auch dann benutzt, wenn er sich durch sofortiges Nachwiegen gelieferter Ware vor Verlusten schützen will.** †)

Die fragliche Waage ist dazu benutzt worden, um die Richtigkeit der von den Lieferanten angegebenen Gewichte bei Lieferung der Waren, also unmittelbar bei deren Ablieferung durch die damit Beauftragten, nachzuprüfen. Das Abwägen hat also eine Kontrolle unmittelbar bei der mit der Lieferung der Waren sich vollziehenden Vertragserfüllung bedeutet und hat daher die Betätigung einer handelsüblichen Vorsicht gegenüber dem durch die abliefernden Fuhrleute vertretenen Lieferanten selbst dargestellt. Diese Tatumstände erfüllen aber das Begriffsmerkmal des öffentlichen Verkehrs, und es kann mithin nicht angenommen werden, daß der Angekl. mit dieser Waage nur rein private Kontrollmessungen vorgenommen hätte. Dies wäre etwa der Fall gewesen, wenn der Angekl. nach vollständiger Abwickelung des Lieferungsvertrags nur gelegentlich, so wie es ihm gerade paßte, in Abwesenheit der Lieferanten und der Überbringer der Waren zu seiner nachträg-

---

Zu 22. Das Urteil nimmt zu drei wichtigen Fragen Stellung: Es bestätigt zunächst auch für das nach dem GaststättG. geltende Recht den schon bisher allgemein anerkannten Grundsatz, daß eine Realgewerbeberechtigung die persönliche Erlaubnis nicht zu ersetzen vermag. Für das GaststättG. ergibt sich diese Rechtsfolge eindeutig aus § 24 Abs. 1. Eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis i. S. des § 1 Abs. 1 ist daher, wenn auch mit den sich für ihre Voraussetzungen aus § 24 Abs. 1 GaststättG. ergebenden Einschränkungen, auch für die Ausübung einer Schankwirtschaft erforderlich, für die eine reale Schankwirtschaftsgerechtigkeit besteht.

Auch der weiteren Ansicht des OLG., daß es im vorliegenden Fall der Feststellung der Gewerbsmäßigkeit nicht bedurfte, muß zugestimmt werden, da die Erlaubnispflicht der den Ausschank von Getränken betreibenden Vereine, wie schon bisher nach § 33 Abs. 6 GewO. i. d. Fass. des NotG. v. 24. Febr. 1923 (RGBl. I, 147), nach § 23 Abs. 1 GaststättG. auch dann besteht, wenn der Verein den Ausschank nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung betreibt. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß sich das alte Recht aus § 33 GewO. i. d. Fass. des NotG. v. 24. Febr. 1923 und das geltende Recht aus § 23 Abs. 1 GaststättG. insoweit nicht völlig decken, als die Ausdehnung der Erlaubnispflicht in § 23 Abs. 1 GaststättG. weitergeht und nicht, wie § 33 GewO. i. d. Fass. des NotG., nur die Vereine erfaßt, bei denen die Gewerbsmäßigkeit wegen der Beschränkung ihres Betriebes auf den Kreis der Mitglieder fehlt, sondern (mit Ausnahme des Ausschanks an Arbeitnehmer der Vereine) sämtliche Vereine und Gesellschaften, die Getränke ausschenken. Dabei ist es nicht nur ohne Bedeutung, ob der Ausschank gewerbsmäßig geschieht oder nicht, sondern es ist — in Abweichung von dem bisherigen Recht — auch unerheblich, aus welchen Gründen die Gewerbsmäßigkeit fehlt (vgl. Michel, GaststättG., Anm. I, 3 Abs. 2 zu § 23).

Die Feststellung des OLG., daß der Zusammenhang einer fortgesetzten strafbaren Handlung durch den Wechsel der Gesetzgebung nicht unterbrochen wird, entspricht der herrschenden Auffassung. Das OLG. hat daher mit Recht die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 StGB. verneint und die Strafe schon deshalb aus § 30 Abs. 1 Nr. 1 GaststättG. geschöpft, weil die strafbare Tat erst unter der Herrschaft dieses Gesetzes abgeschlossen und damit „begangen" worden ist.

RegR. Dr. Elmar Michel, Berlin.

Zu 23. Der Entsch. ist im Endergebnis beizupflichten.

Die vom RevG. vertretene Ansicht, daß die Kontrollwägung des Käufers unmittelbar bei Warenübereignung stattfinden müsse, um sie zum eichpflichtigen Verkehr rechnen zu können, ist selbst wenn das Rechtsgeschäft für beide Teile ein Handelsgeschäft i. S. des HGB. ist, nur soweit anzuerkennen, wie eine unverzügliche Untersuchung abgelieferter Ware nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist. Allgemein wird es genügen, wenn die Kontrollwägung innerhalb einer solchen Frist nach Übereignung der Ware vorgenommen ist, durch welche für den Fall eines Minderungsanspruchs ein schuldhaftes Verzögern nicht begründet werden könnte. Anwesenheit des Überbringers ist kein allgemeines Erfordernis.

Die Rspr. hat auch Tatfälle ergeben, in denen Kontrollwägungen bei einem Rechtsgeschäft vor Übersendung der Ware von seiten des Verkäufers vorgenommen worden sind. Nach der herrschenden Meinung sind auch derartige Kontrollwägungen zum eichpflichtigen Verkehr gehörig (vgl. meine Zusammenstellung der Rspr. in JW. 1929, 3089).

Nicht unwidersprochen kann die Stellungnahme bleiben, welche das vom RevG. erwähnte OLG. Hamburg in dem genannten Falle von Kontrollwägungen (R III 87/30) eingenommen hat.

Ganz unhaltbar ist zunächst die Ansicht des OLG. Hamburg, daß „die MaßO. nur die Kleinverkaufsgeschäfte und solche Be-

lichen Beruhigung darüber, daß er bei dem bereits voll erfüllten Handelsgeschäft nicht benachteiligt worden sei, die Waren in seinem Keller mit der fraglichen Waage auf ihr Gewicht nachgeprüft hätte. Dieser Fall ist aber hier, wo die Nachprüfung bei der Lieferung, also offenbar vor endgültiger Erfüllung des Lieferungsvertrags, erfolgt ist, nicht gegeben.

Durch das Nachwägen der Waren hat auch der Umfang von Leistungen bestimmt werden sollen. Der Angekl. hat die Nachwägung vorgenommen, um sich vor etwaigen Schaden infolge Mindergewichts zu schützen. Das Ergebnis des Nachwiegens war mithin für die Höhe der jeweilig an den Lieferanten zu entrichtenden Gegenleistung maßgebend; es bildete, falls sich beim Wiegen nicht das zugesicherte Gewicht ergab, die Grundlage für etwaige Minderungsansprüche.

Der erk. Sen. hat auch gegenüber den Urt. des OLG. Stettin v. 14. Juni 1930 und des OLG. Hamburg v. 26. Aug. 1930, auf die sich der Angekl. zu seiner Rechtfertigung beruft, keine Veranlassung, von der von ihm ständig vertretenen Rechtsauffassung abzugehen. Übrigens scheint jenen beiden Entsch. im wesentlichen auch ein anderer Sachverhalt zugrunde zu liegen. Das erstere Urt. kann der Angekl. deshalb nicht für sich in Anspruch nehmen, da im heute zu entscheidenden Falle die tatsächlichen Feststellungen dahin gehen, daß der Angekl. den ernstlichen Willen gehabt hat, die Waage zu gewerblichen Zwecken zu benutzen, der Begriff des Bereithaltens auch i. S. jener Entsch. also erfüllt ist. Bei dem Urt. des OLG. Hamburg liegt der Fall insofern anders, als es sich dort um eine Waage gehandelt hat, die von der Verwalterin des Lagers gelegentlich — also nicht, wie hier, bei Lieferung der Waren — für die Nachprüfung des Gewichtes gelieferter Waren benutzt worden ist. Das OLG. Hamburg hat den Begriff des öffentlichen Handelsverkehrs verneint in der Erwägung, daß es sich insofern nur um eine geheime Kontrolle durch Nachwägen gehandelt hat. In dem Hamburger Falle hat es sich also offenbar um eine Wägung gehandelt, die nach vollständiger Erfüllung des Lieferungsvertrags im Hinblick auf später etwa neu anzubahnende Geschäftsabschlüsse nur vorsorglich vorgenommen worden ist.

(OLG. Dresden, Urt. v. 3. Juni 1931, 1 OSt^a 43/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Hamburg.

24. Art. 118 RVerf. Ungültigkeit des Verbots der Parteiuniform der NSDAP. (vor der NotVO. v. 28. März 1931) auch in Hamburg. Grenzen der Freiheit der Meinungsäußerung.

Das AG. hat mit Recht an erster Stelle die Rechtsgültigkeit der PolVO. über das Verbot des öffentl. Tragens der sog. „Parteiuniform" der ...partei v. 31. Okt. 1930 geprüft. Es hat die Rechtsgültigkeit in Anlehnung an KG.: GoltdArch. 75, 180 ff. verneint. Begründet ist diese Verneinung damit, daß

1. die PolVO. gegen Art. 118 RVerf. verstoße, weil sie kein „allgemeines Gesetz" i. S. des Art. 118 sei und darum die in Art. 118 gewährleistete Freiheit der Meinungsäußerung nicht beschränken dürfe;

2. die PolVO. die in § 20a hamb. Ges. betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege v. 23. April 1879 gegebene Ermächtigung überschreite, indem sie sich nicht auf den Schutz gegen unmittelbar drohende Gefahren beschränke;

3. die PolVO. in dem Tatbestandsmerkmal „Parteiuniform" ein solches von einer Unbestimmtheit enthalte, wie sie in einer PolVO. unzulässig sei.

Dem AG. ist darin zuzustimmen, daß das Tragen der Uniform der NSDAP. eine politische Meinungsäußerung darstellt. Damit ist die Frage gegeben, ob die PolVO. v. 31. Okt. 1930 zu Art. 118 Abs. 1 RVerf. im Widerspruch steht. Dieser gewährt das Recht der freien Meinungsäußerung „innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze". Solche Einschränkungen der Meinungsäußerung also, die durch ein „allgemeines Gesetz" bewirkt werden, sind in Art. 118 selbst vorbehalten und demgemäß nicht verfassungswidrig. Wenn also die PolVO. v. 31. Okt. 1930 als „allgemeines Gesetz" angesprochen werden darf, ist sie gültig.

Es fragt sich, nach welchen methodischen Gesichtspunkten diese Frage zu prüfen ist. Das AG. hat dies in Übereinstimmung mit dem KG. in der Weise getan, daß es an erster Stelle die PolVO. als solche und ohne Rücksicht auf den ihre Rechtsgrundlage bildenden § 20a hamb. VerhältnisG. mit Art. 118 RVerf. verglichen und hierbei das Ergebnis gewonnen hat, die PolVO. sei kein „allgemeines" Gesetz, verstoße also gegen die RVerf. Dieses Vorgehen verbietet sich jedoch gerade von dem sonst eingenommenen Standpunkt des AG. aus. Denn das AG. vertritt für § 20a hamb. VerhältnisG. den auch vom KG. gegenüber § 10 II 17 ALR. eingenommenen Standpunkt, daß § 20a den Charakter eines „allgemeinen" Gesetzes habe. Das AG. befindet sich damit in Übereinstimmung mit der in der staatsrechtlichen Wissenschaft durchaus herrschenden Lehre (vgl. Anschütz, RVerf., 3. Bearbeitung, Art. 118 Note 4b; Poetzsch-Heffter, Handkommentar, 3. Aufl., Art. 118 Note 3b; Giese, RVerf., 8. Aufl., Art. 118 Note 1; Thoma: Festg. für das PrOVG. S. 216; Hellwig, Die Grundrechte und Grundpflichten der RVerf., hrsg. von Nipperdey Bd. II S. 24). Wenn aber § 20a als „allgemeines" Gesetz i. S. des Art. 118 angesprochen werden muß, dann müssen die dem § 20a entsprechenden, sich innerhalb des Rahmens der hier aufgestellten Ermächtigung haltenden PolVO. ebenfalls den Charakter „allgemeiner" Gesetze haben, also durch Art. 118 RVerf. gebilligt sein, ganz gleich, worin im übrigen ihr Inhalt besteht. Die Frage, ob die PolVO. v. 30. Okt. 1930 der in § 20a gegebenen Ermächtigung entspricht, ist also die im vorliegenden Rechtsstreit an erster Stelle entscheidende, und das AG. ist — genau wie das KG. — unrichtig vorgegangen, wenn es, ohne diese Frage zu berühren, feststellen zu können glaubt, daß die PolVO. als solche ein vor Art. 118 nicht Bestand haltendes, weil nicht „allgemeines" Gesetz sei.

---

triebe im Auge habe, in denen nach Maß oder Gewicht gehandelte Ware fertig zum Verkauf in der vorgesehenen Größe hergestellt wird".

Diese Auffassung berücksichtigt z. B. überhaupt nicht die Landwirtschaft, über deren Eichpflicht gerade auch bei Kontrollwägungen jüngst erst wieder das KG. in seiner Entsch. v. 23. Juli 1931, 4 S 52/31, treffende Ausführungen gemacht hat.

Indessen auch mit der Feststellung, daß die Kontrollwägung derjenigen Partei, welcher die Ware übereignet wird, erst nach Abschluß des Rechtsgeschäfts stattgefunden hat, ist die Frage der Eichpflicht keineswegs schon ohne weiteres zu verneinen.

In einem Gewerbebetriebe, wie einer Bäckerei oder einem Gaststättenbetriebe, in welchem heute eine ungeeichte Waage und Gewichte zu Kontrollwägungen nach vollständiger Erfüllung eines Lieferungsvertrages angewendet worden sind, ist es durchaus möglich, dieselben gebrauchsfertigen Meßgeräte in Fällen späterer Warenlieferungen unmittelbar bei der Warenübereignung bzw. in angemessener Frist nach der Übereignung anzuwenden.

Damit aber nicht eine mißbräuchliche Anwendung ungeeichter Meßgeräte im öffentlichen Verkehr zur Bestimmung eines Umfangs von Leistungen eintreten kann, hat der Gesetzgeber in § 6 MaßO. schon ein Bereithalten solcher Meßgeräte verboten.

Bei Betrieben genannter Art, in denen sich die Warenlieferungen ständig wiederholen, wird sich der Tatrichter nur noch darüber schlüssig werden müssen, ob die mißbräuchliche Benutzung der vorhandenen ungeeichten Meßgeräte als naheliegend oder wahrscheinlich anzusehen ist, um den Begriff Bereithalten auch nach der subjektiven Seite für erfüllt zu erklären.

Im Tatfalle des OLG. Hamburg lautete die Anklage gegen einen Hotelbesitzer gerade auf Bereithalten; das OLG. Hamburg hob ohne Zurückverweisung der Strafsache die Verurteilung des Angekl. auf. Es ist also verkannt, daß der Begriff Bereithalten des § 6 MaßO. als selbständiges Tatbestandsmerkmal zu würdigen ist (vgl. OLG. Braunschweig: JW. 1929, 2368 und Anm. dazu). Die Entsch. kann daher nicht gebilligt werden.

Das RevG. Dresden dagegen hat zwar auch das Bereithalten als vorliegend anerkannt; es steht aber auf dem Standpunkte, daß die Absicht der Anwendung von Meßgeräten für das Bereithalten nachgewiesen sein müsse. Dies ist nicht die herrschende Meinung.

Das KG. hat am eingehendsten zu dieser Frage Stellung genommen (JW. 1929, 2960). Ich habe mich auch selbst wiederholt darüber ausgelassen (JW. 1929, 958 [16] Anm.; 1930, 1238 [13] Anm.; 1931, 553 [12] Anm.).

Mit einer Versteifung auf die Notwendigkeit der unmittelbaren Feststellung der Absicht des Angekl. kommt man nicht zu dem Ziele, welches der Gesetzgeber mit der Einführung des Begriffs Bereithalten im Auge gehabt hat.

Zugegeben wird das auch von dem OLG. Hamm (z. B. Urt. v. 2. Okt. 1929, S 322/29) und von Stenglein, welche den Standpunkt der Minderheit, wie OLG. Dresden, vertreten, indem z. B. Stenglein ausführt: „... In den wirklich gefährlichen Fällen wird schon aus der Annäherung der Meßgeräte an den öffentlichen Verkehr auf die Absicht, sie darin auch wirklich zu verwenden, geschlossen werden können."

Was die Auslassungen der Rspr. selbst anbelangt, so ist m. E. von keiner Seite eine dem Willen des Gesetzgebers mehr entsprechende Auslegung zu diesem Begriff gegeben worden, als von dem OLG. Celle im Urt. v. 9. Okt. 1922, S 283/22, die auch bei dieser Gelegenheit angeführt zu werden verdient: „... Wenn z. B. der Angekl. durch sein Verhalten nicht die Möglichkeit ausschloß, daß etwa in seiner Abwesenheit seine Angehörigen oder Angestellten die Meßgeräte vorkommendenfalls, z. B. aus Gründen der Bequemlichkeit, im öffentlichen Verkehr benutzten, so hat er sie hierzu bereitgehalten.

Der Zweck des Gesetzes würde vereitelt werden, wenn nicht aus dem objektiven Befunde ... auch Momente für das Vorliegen der subjektiven Seite des Bereithaltens, sei es des Vorsatzes, sei es des dolus eventualis oder der Fahrlässigkeit entnommen würden. Dies drückt die Begründung des Gesetzentwurfs durch die Wendung aus, daß ein Bereithalten dann vorliege, wenn die Anwendung ... im öffentlichen Verkehr möglich erscheint und nach Lage der Verhältnisse zu erwarten ist."

RegR. Dr. Drewitz, Berlin.

Hiernach sind die den § 20a unbeachtet lassenden Ausführungen des AG. von Rechtsirrtum beeinflußt, wonach die PolVO. v. 31. Okt. 1930 gegen Art. 118 verstoße, weil sie „nicht gleichmäßig allen Staatsbürgern gegenüber" ein Uniformverbot aufstelle, sich nur „gegen eine bestimmte Meinung" wende und demgemäß kein „allgemeines" Gesetz, sondern ein „Spezial- oder Sondergesetz" und mithin nach Art. 118 unzulässig sei. Demgegenüber ist zu sagen, daß es, solange sich nur die PolVO. im Rahmen des § 20a hält, für ihre Rechtsgültigkeit gar nicht darauf ankommt, ob sie sich ausschließlich gegen eine bestimmte politische Partei und deren Meinungsäußerungen, ob sie sich nur gegen besondere Arten bestimmter Meinungsäußerungen richtet, in allen solchen Beziehungen also Spezialisierungen vornimmt. Damit braucht die PolVO. nicht aufzuhören, ein „allgemeines" Gesetz i. S. des Art. 118 zu sein. Freilich ist es notwendig, den Sinn dessen, was die RVerf. in Art. 118 mit „allgemeinen" Gesetzen sagen will, richtig zu verstehen. Und gerade in dieser Hinsicht ist die vom AG. vertretene Rechtsansicht nicht zu billigen.

Wenn das AG. der PolVO. v. 31. Okt. 1930 den Charakter eines „allgemeinen" Gesetzes deswegen abspricht, weil sie sich „gegen eine bestimmte Meinung", nämlich die nationalsozialistische, wende, so folgt es damit der Auslegung des Art. 118, die im Anschluß an Rothenbücher (Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer Heft 4, 1928, S. 15, 18 ff.) von Anschütz (Art. 118 Note 1—3) entwickelt worden ist. Anschütz deutet das Wort „allgemein" in Art. 118 dahin, daß Spezial- oder Sondergesetze den Gegensatz zu den „allgemeinen" darstellen und, soweit sie die Meinungsäußerung einschränken, als durch Art. 118 untersagt gelten sollen. Aber Anschütz schränkt diese Auffassung selbst ein; nicht allen Spezialgesetzen spricht er die Rechtsgültigkeit gegenüber Art. 118 RVerf. ab; denn sonst müßten die Strafgesetze (§ 110 StGB.) und die Beamten- und Disziplinargesetze (z. B. §§ 10a, 10b RBG.) als durch Art. 118 verboten angesehen werden, weil sie nur bestimmte Formen von Meinungsäußerungen oder die von bestimmten Personen ausgehenden Meinungsäußerungen untersagen, insofern also zweifellos Spezialisierungen enthalten und sich als Sonder- oder Spezialgesetze darstellen. Da eine derartige Folgerung aus dem Worte „allgemein" als völlig abwegig von Anschütz abgelehnt wird, so ergibt sich für Anschütz die Aufgabe, unter allen denkbaren Spezialgesetzen bestimmte als durch Art. 118 verboten zu bezeichnen. Das aber sollen diejenigen Spezialgesetze sein, „welche sich gegen eine bestimmte Meinung richten", also „eine grundsätzliche Stellungnahme ‚irgendwelcher Art'" als solche aus allen denkbaren herausgreifen, um ihre Äußerung einzuschränken oder zu untersagen.

Rothenbüchers und Anschütz' Meinung hat das RevG. indessen nicht billigen können. Mit einer in der neueren Staatsrechtslehre verbreiteten Ansicht (Smend, Veröffentlichung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer a. a. O. 3, 51 ff.; Erich Kaufmann ebd. S. 81, 82; Triepel ebd. S. 90; Hellwig, Die Grundrechte und Grundpflichten, hrsg. von Nipperdey Bd. II S. 24; Poetzsch-Heffter Art. 118 Note 3) steht das RevG. auf dem Standpunkt, daß es nicht angehen kann, bei der Auslegung eines für das Rechtsgut der Meinungsfreiheit so bedeutsamen Merkmales, wie es das Wort „allgemein" in Art. 118 ist, formal-logische Unterscheidungen durchzuführen, anstatt auf teleologischem Wege die entscheidenden Wertgesichtspunkte herauszuarbeiten, nach denen die Intensität des Rechtes der Meinungsfreiheit im Falle der Kollision mit anderen staatlichen Interessen festgestellt werden kann. Anschütz' Meinung dürfte auch insofern nicht frei von Widersprüchen sein, als, wenn nun schon das „besondere" Gesetz formal-logisch dem „allgemeinen" Gesetz gegenübergestellt werden soll, nicht einzusehen ist, warum dann nicht alle „besonderen" Gesetze ohne Ausnahme als verboten angesehen werden müssen. Tatsächlich setzt sich bei der Unterscheidung, die Anschütz innerhalb der „besonderen" Gesetze durchzuführen sucht, ein teleologisches Moment als Unterscheidungsmerkmal durch. Dann aber liegt es um so mehr nahe, von vornherein den Sinn des Wortes „allgemein" auf teleologischem Wege zu deuten zu suchen (vgl. dazu Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, S. 18).

Das aber führt zu der Auffassung, daß unter „allgemeinen" Gesetzen solche zu verstehen sind, die Rechtsgüter oder „Gemeinschaftswerte" schützen, „die als solche den ursprünglich individualistisch gedachten Grundrechtsbetätigungen gegenüber den Vorrang haben, so daß ihre Verletzung eine Überschreitung, ein Mißbrauch des Grundrechts ist" (Smend, Hellwig). Die Sicherheit des Staates in seiner Eigenschaft als organisiertes Einzelwesen (§§ 81 ff. StGB.) oder als Mitglied der Staatengemeinschaft (§§ 87 ff. StGB.), die innere Ruhe und Sicherheit des Staates (§§ 110, 111 StGB.), die Ehre des einzelnen (§§ 185 ff. StGB.), der polizeilich gute Zustand des Gemeinwesens (§ 20a hamb. VerhältnisG.; § 10 II 17 ALR.; § 14 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931), das alles sind Gemeinschaftswerte, die mehr bedeuten als das Recht der freien Meinungsäußerung. Diese Gemeinschaftswerte müssen geschützt werden auch dann, wenn und soweit dieser Schutz bedeutet, daß irgendeine politische Meinung in bestimmten Formen ihrer Äußerung beeinträchtigt werden sollte (vgl. Poetzsch-Heffter Art. 118 Note 3). Jene „allgemeinen" Gesetze hören insbes. nicht dadurch auf, solche zu sein, daß sie sich gegebenenfalls nur einer bestimmten Meinung gegenüber auswirken. Gerade bei den inhaltlich durch einzelne Verordnungen oder Verfügungen der Polizei auszufüllenden Rahmengesetzen des § 10 II 17 ALR. oder des § 20a hamb. VerhältnisG. läßt sich das gar nicht vermeiden. Diese Rahmengesetze würden ihrer besonderen Bedeutung schlechthin beraubt werden, wenn sie nicht durch PolVO. oder -verfügungen ausgefüllt werden dürften, die gegen den Mißbrauch der Meinungsfreiheit durch Träger bestimmter Meinungen angehen. Sie sollen gerade den Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung dadurch verstärken, daß sie ein Vorgehen der lokalen Behörden ermöglichen, bevor der Gesetzgeber als solcher auf dem Plan erscheint. Wenn und soweit also eine gegen eine bestimmte Meinung oder gegen ihre Äußerung in bestimmter Form gerichtete PolVO. den in den Rahmengesetzen aufgestellten Voraussetzungen entspricht, ist sie Art. 118 gegenüber gültig, weil sie so lange stets das Rechtsgut der polizeilich zu schützenden Ordnung als das höherwertige dem Rechtsgut der Meinungsfreiheit als dem minderwertigen gegenüber verteidigt.

Hiernach entscheidet sich die Frage nach der Rechtsgültigkeit der PolVO. v. 31. Okt. 1930 ausschließlich danach, ob sie sich im Rahmen des § 20a VerhältnisG. gehalten hat oder nicht.

Den Ausführungen, die das AG. in dieser Hinsicht gemacht hat, ist in allen wesentlichen Punkten beizutreten. Der § 20a Ziff. 1 erlaubt PolVO., welche den Schutz von Personen und Eigentum gegen unmittelbar drohende Gefahren bezwecken (die anderen Gesichtspunkte dieser Bestimmung sind hier nicht von Belang). Wenn die PolVO. das Tragen der nationalsozialistischen Parteiuniform bei geschlossenem Auftreten einer größeren Zahl von Parteiangehörigen etwa an Orten verboten haben würde, an denen mit dem Erscheinen politisch Andersdenkender gerechnet werden muß, dann würde die VO. einwandfrei gewesen sein. Tatsächlich aber verbietet die VO. das Tragen der Parteiuniform oder einzelner Bestandteile in der Öffentlichkeit schlechthin; verboten ist u. a. also auch das Tragen eines Uniformbestandteiles durch einen einzelnen an einem Orte, der zwar jedermann jederzeit zugänglich sein mag, vielleicht aber ganz selten von Menschen besucht wird. Indem auch derartige Fälle von der PolVO. mitbetroffen werden, entfernt sie sich zu stark vom Gesichtspunkt der Abwendung unmittelbar drohender Gefahren. Es genügt aber genau wie bei § 10 II 17 PrALR. nicht die „abstrakte Möglichkeit eines Schadens, vielmehr muß sich objektiv aus Tatsachen die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergeben, daß ohne Eingreifen der Polizei der betreffende Schaden sich verwirklichen würde" (Lassar bei v. Brauchitsch, VerwG. II, Allg. Polizeirecht, S. 9 unter Nr. 14; übereinstimmend Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 433 ff.; Fleiner, Institutionen, 8. Aufl., S. 402; O. Mayer, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., I S. 224; Wulff, Hamb. Gesetze und VO., 3. Aufl., I S. 252 Note 2 zu § 20a Ziff. 1). Die PolVO. muß sich also, soll sie rechtsgültig sein, gegen Handlungen richten, die als solche stets die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Schadens, einer Störung bedeuten; es genügt nicht, daß ein großer Kreis von Handlungen aller möglichen Art verboten wird, von denen einzelne unter bestimmten, denkbaren, aber in der VO. nicht herausgehobenen Umständen eine Gefahr bedeuten können. So aber ist es in der PolVO. v. 31. Okt. 1930. Man muß in diese VO. alles mögliche hineindenken, um sich Fälle zu bilden, bei denen eine unmittelbare Gefahr i. S. des § 20a gegeben sein würde. Die VO. als solche umfaßt aber auch solche Fälle, wo eine solche Gefahr nicht vorliegt, etwa den Fall, daß ein einzelner Nationalsozialist mit einzelnen Uniformteilen, im übrigen aber bürgerlich gekleidet, unauffällig einen verkehrslosen Waldweg entlang geht.

Unter diesen Gesichtspunkten ist die PolVO. rechtsungültig. Die Freisprechung der Angekl. ist daher zu Recht erfolgt.

(OLG. Hamburg, StrSen., Urt. v. 6. Juli 1931, R III 69/31.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

Kassel.

25. § 6 PrPolG. v. 1850. Befugnis der Polizei zur Festnahme von Personen im polizeilichen Interesse. Grenzen des polizeilichen Ermessens.

Die Rechtsgrundlage einer von der Polizei vorgenommenen Inverwahrungsnahme der Personen bildet der § 6 des Ges. v. 12. Febr. 1850 (PrGS. 45). Diese Vorschrift gilt auch heute noch, und zwar für ganz Preußen. Sie gewährt den zuständigen Beamten die Befugnis, Festnahmen im polizeilichen Interesse vorzunehmen und besteht deshalb neben § 127 StPO., die einem ganz andern Zwecke, nämlich der wirksamen Verfolgung strafbarer Handlungen dient (Brauchitsch, 1928 Bd. 2 Anm. 3 S. 44). Unzutreffend ist auch der Standpunkt des Antragstellers, daß nicht § 6 des Ges. von 1850, sondern § 10 2 17 ALR. maßgebend sei. Vielmehr bildet § 6 eine Spezialbestimmung gegenüber § 10 2 17 ALR. und geht deshalb dieser Vorschrift vor.

Gemäß § 6 des Ges. von 1850 sind die Polizeibehörden u. a. befugt, Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen, wenn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ruhe diese Maßregel dringend erfordert. Die Ermittlungen haben ergeben, daß

diese Voraussetzung für die von der Polizei am Abend des 1. Juli 1930 vorgenommenen Festnahmen vorgelegen haben. Zwar sind keine genügenden Anhaltspunkte dafür hervorgetreten, daß es sich bei den Vorgängen, die schließlich zur polizeilichen Aushebung des Gasthauses führten, um eine „Ersatzkundgebung“ für eine verbotene Versammlung gehandelt hat. Das wäre aber auch nicht die notwendige Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens. Dafür genügt es nach der angezogenen Gesetzesbestimmung, wenn eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ruhe ausgegangen ist.

Zur Beseitigung dieser Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit war die Polizei befugt, die zweckdienlichen Mittel zu ergreifen, die zur Beseitigung erforderlich und ausreichend erscheinen. Welche Mittel das waren, hatte die Polizei nach pflichtmäßigem Ermessen selbst zu bestimmen. Die Zweckmäßigkeit der hiernach von der Polizei ergriffenen Maßnahmen ist der richterlichen Nachprüfung entzogen. Nur dann, wenn die Polizei die ihr für ihr Handeln gezogenen Grenzen des freien Ermessens überschritten haben würde, wäre ihr Verhalten rechtwidrig gewesen.

(OLG. Kassel, 3. StrSen., Beschl. v. 26. Mai 1931, 3 W 131/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. **Paulmann**, Kassel.

*

Stuttgart.

26. § 3 Vogelschutzgesetz. Ausgestopfte Vögel sind keine toten Vögel i. S. des § 3.

Nach § 3 VogelschutzG. v. 30. Mai 1908 (RGBl. 317) ist in der Zeit vom 1. März bis 1. Okt. u. a. untersagt das Feilbieten von lebenden sowie toten Vögeln der in Europa einheimischen Arten. Das AG. ist nun davon ausgegangen, daß der Begriff „tote Vögel“ in dieser Bestimmung auch ausgestopfte Vögel, wie sie der Angekl. in seinem Schaufenster ausgestellt und feilgehalten hatte, mitumfaßt.

Gegen diese Auffassung des AG. wendet sich die Rev. mit Recht.

Für die Auslegung des Begriffs des „toten“ Vogels i. S. der erwähnten Bestimmung sind der Sprachgebrauch sowie der Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschrift von Bedeutung.

Der Rev. ist nun zuzugeben, daß jedenfalls nach dem strengen Sprachgebrauch bei einem ausgestopften Vogel von einem „toten“ Vogel nicht mehr gesprochen werden kann; denn sobald nach dem Tode eines Tieres die bisherige Einheit seines Körpers durch Zerlegen in verschiedene Teile aufgehoben wird, entstehen zwar Teile eines toten Tieres, diese Teile können aber nicht selbst als das tote Tier bezeichnet werden; wenn daher ein toter Vogel vollständig ausgenommen wird, so kann der nach Herausnahme des bisherigen Körperinhalts in sich zusammengefallene Vogelbalg als solcher nicht mehr als „toter Vogel“ bezeichnet werden; ein solcher Vogelbalg kann aber auch nicht dadurch wieder zum toten Vogel werden, daß er, nachdem er präpariert worden ist, später mit künstlichem Inhalte ausgestopft wird, um wieder die Gestalt des lebenden Tieres zu erhalten.

Die Annahme des AG., daß jedenfalls Sinn und Zweck des VogelschutzG. für die weitergehende Auslegung sprechen, wonach auch Vogelbälge und ausgestopfte Vögel als „tote“ Vögel i. S. des § 3 VogelschutzG. zu gelten haben, findet in den Materialien zu dem Gesetze keine Stütze. Der Entw. zu dem VogelschutzG. v. 22. März 1888 hebt in seiner Begr. (zu vgl. StenBer. über die Verh. des RT. 1887/88, 2. Anlagenband, Nr. 90 S. 457) hervor, daß die §§ 1—4 des Entw. ein „Verbot derjenigen Veranstaltungen enthalten, welche ganz besonders eine massenhafte Vertilgung von Vögeln herbeizuführen geeignet sind“. Diese Voraussetzung ist im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeit zu Nahrungszwecken bei dem Feilbieten frisch getöteter Vögel zweifellos gegeben; dagegen kann nicht gesagt werden, daß das Feilbieten *ausgestopfter* Vögel, die nur in verhältnismäßig beschränktem Umfange angekauft zu werden pflegen, „ganz besonders eine massenhafte Vertilgung von Vögeln herbeizuführen geeignet“ wäre. Außerhalb der Schonzeit dürfen übrigens nach dem Standpunkte des Gesetzes (§ 3) auch tote Vögel feilgeboten werden. In der Begr. zu dem Entw. des neuen VogelschutzG. v. 30. Mai 1908 (RTDrucks. Bd. 241 Nr. 351 S. 1976) ist sodann ausdrücklich darauf hingewiesen, daß das Gesetz alle Übertreibungen vermeiden wolle. Es darf auch angenommen werden, daß dann, wenn der Begriff des „toten Vogels“ nach dem Willen des Gesetzgebers auch den Vogelbalg und den ausgestopften Vogel mitumfassen sollte, dies bei der Einbringung und bei der Beratung des neuen VogelschutzG. irgendwie zum Ausdruck gebracht worden wäre, zumal nachdem sich der Komm. von **Stenglein**, Strafrechtl. Nebengesf., 3. Aufl. 1903, schon zu § 6 des alten VogelschutzG. von 1888 in Anm. 7 f dahin ausgesprochen hatte, daß durch § 3 Abs. 1 des Ges. nur das Feilbieten und der Verkauf frisch erlegter Vögel, dagegen nicht auch von ausgestopften Vögeln untersagt sei.

Auf Grund dieser Erwägungen trug der StrSen. kein Bedenken, unter Ablehnung der von **Boxberger** in VogelschutzG., 1909, Anm. 2 zu § 3 des Ges. vertretenen gegenteiligen Annahme der von **Stenglein**, Strafrechtl. Nebengesf., 5. Aufl., Bd. I S. 458, auch in Anm. 2 zu § 3 des neuen VogelschutzG. wiederholten Auffassung, daß ausgestopfte Vögel nicht als „tote“ Vögel i. S. dieser Bestimmung angesehen werden können, beizutreten.

Die Ausführungen des AG., daß es Erfahrungstatsache sei, daß das Ausstellen von ausgestopften Vögeln mit der dadurch zum Ausdruck kommenden Bereitwilligkeit zum An- und Verkauf solcher Vögel einen Anreiz für die Allgemeinheit bilde, Vögel abzuschießen oder einzufangen, und daß diese Wirkung ohne Rücksicht darauf eintrete, ob eine Frischleiche des Vogels oder ein ausgestopfter Vogel feilgeboten werde, und daß um dieser mittelbaren Folgen willen das Feilbieten usw. von ausgestopften Vögeln verboten sein müsse, da, wenn man einen wirksamen Schutz der Vogelwelt erreichen wolle, der Handel mit ausgestopften Vögeln ebenso unterbunden werden müsse wie der Handel mit lebenden oder noch nicht ausgenommenen Vögeln, sind nach der derzeitigen Fassung des Gesetzes für sich allein nicht geeignet, die von dem AG. gegebene Auslegung des Begriffs des „toten Vogels“ zu rechtfertigen, könnten vielmehr nur für die etwaige Notwendigkeit einer Änderung des Gesetzes durch ausdrückliche Gleichstellung der Vogelbälge und ausgestopften Vögel mit den toten Vögeln angeführt werden.

(OLG. Stuttgart, Urt. v. 24. Juni 1931, T 187/31.)

Mitgeteilt von RA. **Rieker**, Balingen (Württ.).

II. Verfahren.

Berlin.

27. §§ 138, 354 Abs. 2 StPO. Beweiskraft der Erklärung des Verteidigers, namens des Beschuldigten zu handeln. Zulässigkeit einer Zurückverweisung an den Amtsrichter durch das Revisionsgericht. †)

Der Angekl. wurde durch Strafbefehl des AR. mit einer Strafe von 3 Wochen Gefängnis belegt. Der an sich rechtzeitig eingegangenen Einspruchsschrift des RA. Z. war eine Vollmacht des Angekl. nicht beigefügt, eine solche wurde erst im Verhandlungstermin überreicht.

Beide Vorinstanzen halten die Vollmacht für verspätet beigebracht.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Der Senat läßt die Streitfrage dahingestellt, ob die Vollmacht des Verteidigers vor Ablauf der Rechtsmittelfrist dem Gericht nachgewiesen werden muß, oder ob der Vollmachtsnachweis nachträglich beigebracht werden kann. Denn vorliegend ergibt bereits der Akteninhalt, der bei der Prüfung einer Urteilsvoraussetzung wie der Rechtzeitigkeit des Einspruchs durch das RevG. von Amts wegen zu würdigen ist, die rechtzeitige Beibringung des Vollmachtsnachweises in der Einspruchsfrist.

Es ist davon auszugehen, daß eine besondere Form des Nachweises der Vertretungsmacht, insbes. die Beibringung einer schriftlichen Vollmacht, im Gesetz nicht vorgeschrieben ist, daß also auch die mündlich erteilte oder auch nur aus den Umständen zu entnehmende Vollmacht genügt, wenn sie dem Gericht hinreichend erkennbar gemacht ist (vgl. **Löwe**, Anm. 11 zu § 138 StGB.; RGSt. 19, 8, 9). So ist es in einem Urt. des 3. StrSen. des KG. v. 8. Febr. 1926 (3 V 416/26) zum Nachweise des Auftrags zur Klagerhebung für ausreichend erachtet worden, daß der Privatkl. persönlich den auf die Privatklage erforderten Kostenvorschuß einzahlte, weil hieraus auf die Erteilung eines mündlichen Auftrags zur Erhebung der Privatklage zu schließen sei.

Vorliegend ist der Einspruch von RA. Z. ausdrücklich „namens des Beschuldigten“ erhoben worden. Bereits diese Erklärung ist ein

---

Zu 27. 1. Die Entsch. läßt die Streitfrage, ob der Verteidiger seine Vollmacht innerhalb der Rechtsmittelfrist oder noch nachträglich nachzuweisen hat, dahingestellt. In Wahrheit wird der alte Streit zwischen KG. und RG. durch diese Entsch. in höchst einfacher und praktischer Weise beigelegt. Das KG. vertrat bisher konsequent die Auffassung, daß der Nachweis der Vollmacht innerhalb der Rechtsmittelfrist beigebracht sein müsse. Das RG. sah es hingegen als ausreichend an, wenn der Nachweis noch bis zum Revisionstermin geführt wird. Ich habe bereits in meinen Ausführungen über „Formalismus im Strafprozeß“ (JW. 1926, 1108) auf die bedauerlichen Konsequenzen dieser divergierenden Auffassungen hingewiesen. Das KG. geht nun zwar von seiner grundsätzlichen Einstellung zu der Streitfrage nicht ab. Es heilt jedoch den Mangel seiner formalistischen Auffassung durch eine an sich recht begrüßenswerte weitherzige Auslegung der an den Nachweis der Vollmacht zu stellenden Anforderungen. Es erblickt diesen Nachweis nämlich bereits darin, daß der Verteidiger „namens des Beschuldigten“ Einspruch erhoben hat. Völlige Beweiskraft mißt es jedoch dieser Erklärung des Verteidigers noch nicht bei. Es erblickt diesen Beweis vielmehr ergänzend darin, daß die Einspruchsschrift noch das genaue Datum des Erlasses und der Zustellung des Strafbefehls, wie auch das Aktenzeichen der Strafsache enthält. Daraus folgert das KG., daß eine so genaue Kenntnis der Unterlagen offenbar auf Erteilung der Vollmacht schließen lasse. Dieser Gedankengang läßt erkennen, daß das KG. sich immer noch nicht völlig von einem, wenn auch jetzt bescheideneren Formalismus freizumachen vermag. Das KG. will helfen, aber es hilft nicht genug. Während das RG. seiner nach Aufgabe der früheren veralteten Rechtsansicht nunmehr konsequenten Rspr. folgend in der Einreichung der Einspruchsschrift eine Ver-

Anzeichen von hoher Beweiskraft dafür, daß der genannte RA. die Einspruchsschrift nicht willkürlich und auf eigene Verantwortung, sondern auf Weisung des Angekl. eingereicht hat. Andernfalls wäre er nicht nur ohne Erlangung eines Gebührenanspruchs tätig geworden, sondern müßte auch gem. § 473 StPO. (vgl. Löwe Anm. 3a) seine Verurteilung zur Tragung der Kosten gewärtigen und würde sich überdies auch der Gefahr einer disziplinarrechtlichen Bestrafung aussetzen; denn durch eine wissentlich oder grob fahrlässig falsche Angabe über die ihm erteilte Vollmacht würde er im Regelfalle die Standespflichten verletzen, die ihm kraft seiner öffentlich-rechtlichen Stellung als Organ der Rechtspflege obliegen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob in allen Fällen die Erklärung des RA., als Vertreter einer Partei im Strafprozeß zu handeln, bereits für sich allein schon zum Nachweis der Vollmacht genügt, ob also in solchen Fällen stets eine Vermutung für die Erteilung der Vertretungsmacht vorhanden ist (so Löwe, Anm. 1 zu § 138 StPO.). Denn in vorliegendem Falle läßt auch der weitere Inhalt der Einspruchsschrift darauf schließen, daß der Angekl. den RA. Z. mit ihrer Abfassung und Einreichung beauftragt hat. Sie enthält die genaue und zutreffende Angabe des Aktenzeichens der Strafsache und der Tage, an denen der Strafbefehl erlassen und zugestellt ist. Wenn der Angekl. diese Unterlagen einem RA. an die Hand gab, so kann daraus gefolgert werden, daß er ihm auch mündliche Vollmacht zur Erhebung des Einspruchs erteilt hat.

Der Senat hat deshalb den Nachweis der erteilten Vollmacht bereits mit dem Eingang des Einspruchs, also noch innerhalb der Einspruchsfrist als erbracht angesehen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob nicht auch der im § 174 BGB. liegende allgemeine Rechtsgedanke, daß ein vom Bevollmächtigten vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft wegen unterbliebener Vorlegung der Vollmachtsurkunde zur Herbeiführung seiner Unwirksamkeit unverzüglich zurückgewiesen werden muß, entsprechend auf das öffentliche Recht anzuwenden und deshalb aus der Unterlassung einer alsbaldigen Verwerfung des Einspruchs und der Anberaumung eines Verhandlungstermins dem Angekl. ein Anspruch auf Rechtsschutz in Gestalt der Durchführung des Einspruchsverfahrens erwachsen ist, der ihm nicht nachträglich wegen Verspätung des Vollmachtsnachweises entzogen werden konnte.

Somit beruht die in der BerInst. aufrechterhaltene Verwerfung des Einspruchs auf unrichtiger Verneinung einer Urteilsvoraussetzung, nämlich der Wahrung der Einspruchsfrist (§§ 409—411).

Es war deshalb die Zurückverweisung der Sache geboten.

Da eine sachlich-rechtliche Erörterung des Falles in beiden Vorentsch. bisher nicht erfolgt ist, erschien eine Zurückverweisung an das Amtsgericht gerechtfertigt, da dem Angekl. andernfalls der durch die Neuordnung des Strafprozesses i. J. 1924 gewährleistete Vorteil einer zweiten Tatsacheninstanz verlorenginge. Zwar läßt § 354 Abs. 2 StPO. dem Wortlaut nach nur eine Zurückverweisung „an das Gericht, dessen Urteil aufgehoben ist", zu. Wenn indessen, wie im vorliegenden Falle, mit dem BerUrt. auch der einzige rein prozessuale Entscheidungsgrund des AG., das eine Sachentsch. wegen Fehlens einer Urteilsvoraussetzung abgelehnt hat, durch das RevG. beseitigt wird, so steht nichts im Wege, darin auch eine Aufhebung des ersten Urteils zugleich mit dem des BG. zu erblicken. Zu Unrecht gründet Löwe-Rosenberg, Anm. 7d zu § 354 StPO., seine gegenteilige Auffassung auf § 340 StPO. i. Verb. m. § 328 Abs. 2 StPO. Erstere Bestimmung ist eine hier nicht beachtliche Ausnahmevorschrift, die die Berücksichtigung von Verfahrensmängeln nur für die Sprungrevision des § 335 StPO. einschränkt. Entgegen der Meinung von Löwe bietet § 328 Abs. 2 StPO., wonach das BG. im Falle eines revisiblen Verfahrensmangels nicht in der Sache selbst zu erkennen braucht, sondern an die erste Instanz zurückverweisen kann, wenn die Umstände des Falles es erfordern, geradezu einen Anhalt dafür, daß das Gesetz eine sachliche Nachprüfung in zwei Tatsacheninstanzen sicherstellen will. Im vorliegenden Falle ist mit der hohen Wahrscheinlichkeit zu rechnen, daß im Falle einer Zurückverweisung an das BG. dieses von der Befugnis des § 328 Abs. 2 StPO. nach pflichtgemäßem Ermessen Gebrauch machen würde, da das AG. bisher die sachlich-rechtliche Begründetheit des Strafbefehls nicht nachgeprüft hat. Es wäre ein unnützer Umweg, wenn in derartigen Fällen eine doppelte Zurückverweisung, erst durch das RevG., dann durch das BG. erforderlich wäre.

(KG., 4. StrSen., Urt. v. 26. Febr. 1931, 4 S 92/30.)

Mitgeteilt von KGR. Dr. Löwenthal, Berlin.

*

28. §§ 201, 183, 197 Abs. 2 StPO. Gegen die Ablehnung des Antrages des Angeschuldigten auf Ergänzung der Voruntersuchung steht dem Angeschuldigten die Beschwerde nicht zu. †)

(KG., 2. StrSen., Beschl. v. 6. Mai 1931, 2 W 207/31.)

Abgedr. JW. 1931, 2388[28].

*

---

mutung dafür erblickt, daß der Verteidiger bevollmächtigt ist, und dann aber noch den eigentlichen Nachweis der Vollmachtserteilung bis zum Revisionstermin fordert, sieht das KG. jetzt in der Einspruchsschrift des Anwalts mehr als eine Vermutung, nämlich ein „Anzeichen von hoher Beweiskraft", das allerdings nur durch das Hinzutreten weiterer Umstände, nämlich der genauen Kenntnis von Datum und Aktenzeichen zum völligen Beweise verdichtet werde. Es wäre richtiger und auch zweckmäßiger gewesen, sich mit dem ersten Anzeichen zu begnügen. Denn einmal ist die Tatsache, daß ein Anwalt „namens des Beschuldigten" eine Rechtsmittelschrift einreicht, erfahrungsgemäß als vollgültiger Beweis für das Vorhandensein der Vollmacht anzusehen. Der Fall, daß ein Anwalt ohne das Vorhandensein einer solchen Vollmacht ein Rechtsmittel willkürlich einlegt, ist so ungewöhnlich und würde zu so peinlichen Konsequenzen führen (vgl. die eigenen Ausführungen des KG.), daß das Vorhandensein der Vollmacht demgemäß nicht nur vermutet, sondern einfach als erwiesen anzusehen ist. Demgegenüber spielt die Angabe des Datums und des Aktenzeichens, auf die das KG. merkwürdigerweise als besonders beweiskräftig abstellt, eine höchst untergeordnete Rolle. Einmal sind diese Angaben regelmäßig auf jeder Rechtsmittelschrift enthalten. Selbst bei ihrem Fehlen würde andererseits, wenn man sich nicht auf den von mir bekämpften formalistischen Standpunkt stellt, das Vorhandensein der Vollmacht schon durch die Einreichung der Einspruchsschrift seitens des Anwalts „in Vollmacht" oder „namens" des Beschuldigten hinreichend bewiesen werden. Es wäre gut, wenn das KG. sich entschließen würde, noch diesen letzten Schritt zu gehen. Der Streit zwischen KG. und RG. wäre dann praktisch bedeutungslos, ohne daß eines der beiden Gerichte — seine grundsätzliche Einstellung zu ändern brauchte.

2. Die analoge Anwendung des § 174 BGB. auf das öffentliche Recht begegnet, so interessant dieser Gedanke auch sein mag, erheblichen Bedenken. Der § 174 BGB. beruht auf der Idee, daß nach Treu und Glauben der eine Kontrahent den Mangel der Vollmacht unverzüglich rügen müsse und sich andernfalls nicht auf das Fehlen der Vollmacht berufen könne. Beschuldigter und Gericht stehen sich jedoch nicht wie zwei Kontrahenten gegenüber. Die wirtschaftlichen Erwägungen, die für den Verkehr zwischen Vertragspartnern maßgebend sind, treffen auf das Verhältnis zwischen Staatsorgan und Beschuldigten nicht zu. Es liegt auch kein praktisches Bedürfnis zu einer so weitgehenden und überdies die Rechtsbeziehungen im öffentlichen Recht verkennenden Analogie vor. Es genügt vollständig, wenn an den Nachweis der Vollmacht Anforderungen gestellt werden, die jeden Formalismus beiseite lassen und sich auf die Prüfung der Frage beschränken, ob die Vollmachtserteilung aus den Umständen bereits gefolgert werden kann.

3. Die Zurückverweisung an das AG., statt an das LG. findet keine Stütze im Gesetz. Der vorgeschlagene Instanzenzug muß grundsätzlich gewahrt werden. Eine Überspringung der BerInst. kennt das Gesetz nur bei der revisio per saltum (§ 340 StPO.). Die Erwägung, daß das LG. von der Befugnis des § 328 Abs. 2 StPO. ohnehin Gebrauch machen würde und daß es daher ein unnützer Umweg wäre, wenn in derartigen Fällen eine doppelte Zurückverweisung erfolgen müßte, erscheint verfehlt; denn, wie das KG. ja selbst nicht verkennt, unterliegt die Entsch., ob das LG. zurückverweist oder nicht, dem pflichtgemäßen Ermessen dieses Gerichts und ist nicht obligatorisch vorgeschrieben. Die hohe Wahrscheinlichkeit, daß das LG. zurückverweisen werde, rechtfertigt es jedenfalls nicht, daß die nach dem Gesetz dem LG. nun einmal zustehende Entsch. einfach vorweggenommen und diese Instanz ganz übergangen wird. Für die Frage der Zurückverweisung sind zuweilen auch Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend, die oft von den Entschließungen der Prozeßbeteiligten außerhalb des Richtertisches abhängen. Nachdem einmal das Gesetz die Entsch. über die Zurückverweisung in die Hände der BerInst. gelegt hat, muß diesem Gericht jedenfalls die Möglichkeit der Entsch. belassen bleiben.

RA. Dr. Arthur Brandt, Berlin.

Zu 28. A. Anm. Prof. v. Beling, ebenda.

B. Die in der obigen Entsch. behandelte Frage ist nicht unzweifelhaft. Es wäre daher zu begrüßen, wenn die BeschwG. sich mit den vom KG. zitierten Ausführungen Arndts eingehend auseinandersetzen würden. Arndt ist darin beizupflichten, daß der sachliche Gegensatz zwischen einem Antrag auf erstmalige Eröffnung und einem solchen auf Ergänzung der Voruntersuchung mitunter gering sein kann. Da der Angeschuldigte keinen nennenswerten Einfluß auf den Gang der Voruntersuchung (VU.) hat, sind Fälle denkbar, in denen die VU. ihre Aufgabe, die Beweise zu erheben, deren Aufnahme zur Vorbereitung der Verteidigung des Angeschuldigten erforderlich erscheint (§ 190 Abs. 2 StPO.), nicht in dem wünschenswerten Umfange gerügt hat. Dann ist eine Ergänzung der VU. für den Angeschuldigten ebenso wichtig wie es seiner Zeit ihre Eröffnung war. Ein Bedürfnis nach Gewährung der sofortigen Beschwerde kann also vorhanden sein. Dagegen erscheint es mir doch bedenklich, die Worte „Beantragt der Angeschuldigte eine VU." (§ 201 Abs. 2) und „Gegen den Beschluß des Gerichts, durch welchen der Antrag . . . auf Eröffnung der VU. abgelehnt ist", ohne weiteres auf Ergänzungsanträge mitzubeziehen, wie Arndt S. 127 es will.

Auch ist m. E. ein Argument für die herrschende Meinung

Dresden.

29. §§ 233, 332 StPO. **Beantragt ein von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Berufungsverhandlung entbundener Angekl. seine nochmalige Vernehmung vor der Berufungsverhandlung, so muß dem entsprochen werden.**†)

(OLG. Dresden, Urt. v. 24. März 1931, 2 OSt 31/31.)

Abgedr. JW. 1931, 2050[20].

*

30. § 114 StPO. **Hat im Haftprüfungstermin ein AG. einen von einem anderen AG. erlassenen Haftbefehl bestätigt, so ist Haftbeschwerde an das dem ersten AG. übergeordnete LG. ausgeschlossen.**†)

Durch den Beschl. des AG. T. v. 21. April 1931 im Haftprüfungsverfahren gem. § 114d StPO. auf Aufrechterhaltung des Haftbefehls des AG. D. v. 14. Okt. 1930 ist dieser Haftbefehl als Rechtsgrundlage der Untersuchungshaft des BeschwF. überholt und gegenstandslos geworden ohne Rücksicht darauf, ob das AG. T. zu seiner Entsch. örtlich zuständig war oder nicht. Solange dieser Beschl. nicht formell aufgehoben ist, kann daher eine zulässige Haftbeschwerde vom Beschuldigten nur gegen diese T.er Entsch. gerichtet werden, auf der jetzt die Fortdauer der Untersuchungshaft beruht. Mit Recht ist daher die erst nach Erlaß des Beschl. des AG. T. vom Beschuldigten erhobene Haftbeschwerde als unzulässig vom Vorderrichter zurückgewiesen worden, soweit sie sich gegen den Haftbefehl des AG. D. richtet. Soweit aber in der Haftbeschwerde ein Rechtsmittel gegen den Beschl. des AG. T. gefunden werden kann, ist zur Entsch. hierüber nicht das LG. D., sondern das dem AG. T. übergeordnete LG. O. örtlich zuständig. Für eine sachliche Prüfung der Haftbeschwerde fehlt somit dem LG. D. und damit auch dem diesem als BeschwG. übergeordneten OLG. D. die Befugnis.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 9. Juni 1931, 2 OStReg 330/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. *Alfred Weber*, Dresden.

*

Düsseldorf.

31. §§ 212, 327 StPO. **Nimmt der Angeklagte seine Berufung zurück, so kann er in dem Verfahren über die Berufung der Staatsanwaltschaft nicht mehr rügen, daß die Voraussetzungen des § 212 StPO. nicht vorgelegen hätten.**†)

Der Angekl. war wegen verbotenen Schußwaffenführens festgenommen, vorgeführt und im Schnellverfahren verurteilt worden. Hiergegen hatte sowohl er wie auch die StA., letztere beschränkt auf das Strafmaß, Berufung eingelegt. Vor Eintritt in die Hauptverhandlung erklärte der Verteidiger (offenbar in Unkenntnis der Tatsache, daß auch die StA. das Rechtsmittel ergriffen hatte) die Rücknahme der Berufung des Angekl. In der Hauptverhandlung über die staatsanwaltschaftliche Berufung rügte er, daß die Voraussetzungen einer beschleunigten Aburteilung gem. § 212 StPO. nicht vorgelegen hätten. Das Gericht erkannte auf Aufhebung des Urteils und wies die Sache an die Vorinstanz zurück. Die Rev. der StA. hatte Erfolg.

Es wird zunächst gerügt, daß durch die Entsch. des Vorderrichters die Bestimmung des § 327 StPO. verletzt sei. Nach dem

---

dem § 197 Abs. 2 StPO. zu entnehmen: Hier ist nur von einem Antrage der StA. auf Ergänzung der VU., nicht auch von einem solchen des Angeschuldigten die Rede, obgleich es nahegelegen hätte, derartige Anträge des Angeschuldigten — wenn man sie überhaupt berücksichtigen wollte — einer entsprechenden Behandlung zu unterwerfen.

In der Praxis spielt die Frage übrigens keine erhebliche Rolle — wohl deshalb, weil regelmäßig die VU. gründlich geführt und Beweisanträgen des Angeschuldigten vom Untersuchungsrichter nach Möglichkeit stattgegeben wird.

LGR. Prof. Dr. *Mannheim*, Berlin.

Zu 29. I. Darüber, daß einem Antrage des von der Verpflichtung zum Erscheinen entbundenen Angekl. auf nochmalige Vernehmung stattzugeben ist, herrscht kein Streit (vgl. *Alsberg*, Beweisantrag S. 246). Das Recht des Angekl. auf erneute richterliche Vernehmung ergibt sich aus den §§ 243, 136 StPO.: will der Angekl. sich auf die Anklage erklären, so muß ihm dazu vollen Umfanges Gelegenheit gegeben werden. Dieses Recht auf Gehör darf gerade dem abwesenden Angekl. und insbes. dann nicht verkümmert werden, wenn er sich mit den Gründen des ihn verurteilenden Erkenntnisses 1. Instanz auseinandersetzen will. Einem von dem Angekl. gestellten Antrage auf nochmalige richterliche Vernehmung ist unter allen Umständen zu entsprechen ohne Rücksicht darauf, ob der Angekl. Beweisanträge zu stellen beabsichtigt oder nicht. Nur richterliche Protokolle über die Vernehmung des Angekl., nicht schriftliche Eingaben, die seinen Standpunkt zur Anklage oder zu dem Urt. erster Instanz darlegen, bilden das Surrogat für die persönliche Vernehmung des Angekl. und *müssen* in der Hauptverhandlung verlesen werden (§ 233 Abs. 3 letzter Satz).

II. Beweisanträge, die der Angekl. bei seiner kommissarischen Vernehmung stellt, sind gleich zu erachten Beweisanträgen, die er in der Hauptverhandlung stellt. Das diese Anträge enthaltende Protokoll wird in der Hauptverhandlung verlesen (vgl. *Alsberg*, Beweisantrag S. 137 Ziff. 4 1. Satz). Streit herrscht über die Behandlung von Beweisanträgen, die der kommissarisch vernommene Angekl. außerhalb seiner Vernehmung schriftlich gestellt hat. *Alsberg* will mit Recht solche Anträge den in der kommissarischen Vernehmung enthaltenen Beweisanträgen gleichgestellt wissen. A. M. RG. (3. StrSen.): LZ. 1917, 47. Über den Stand der Rspr. vgl. *Alsberg* a. a. O. S. 137 Ziff. 4 Satz 2 Anm. 21.

RA. Dr. *Jonas*, Altona.

Zu 30. Die Stellungnahme zum Instanzenzug im Haftprüfungsverfahren, die die vorliegende Entsch. erkennen läßt, ist folgerichtig und wird sich lege lata kaum beanstanden lassen. Sie ist aber ein Beweis dafür, wie mißlich es ist, geschlossenen Gesetzkodifikationen durch Novellen Flicken auf schadhafte Stellen zu setzen. Das Ges. v. 27. Dez. 1926 (RGBl. 522), das als Frucht der lebhaften Erörterung des tragischen Falls des RPoM. Dr. Höfle zu betrachten ist, unternahm es, anerkannt schweren Mißständen auf dem Gebiet der Anordnung und der Vollziehung der Untersuchungshaft abzuhelfen. Zweifellos ist ihm dies auch durch die Gewährung der Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung über die Berechtigung der Gründe des Haftbefehls und durch Einführung einer obligatorischen richterlichen Haftkontrolle gelungen. Dagegen haben die neu eingeführten Bestimmungen der §§ 114—115d sich nicht nach derjenigen Richtung ausgewirkt, die gerade für die Frage der Fortdauer der Untersuchungshaft ein „Ziel aufs innigste zu wünschen" bedeutet, nämlich der *Beschleunigung* des Verfahrens. Der hier vorliegende Fall, in welchem der ursprüngliche Haftbefehl durch den Beschluß auf seine Aufrechterhaltung als „überholt und gegenstandslos" erachtet und nun erst dem Verhafteten angesonnen wird, das Beschwerdeverfahren gegen *diesen Beschluß* in die Wege zu leiten, während er glaubte, seiner Beschwerde bereits durch den Antrag auf mündliche Verhandlung über den *ursprünglichen* Haftbefehl Ausdruck gegeben zu haben, ist ein besonders krasses Beispiel für die Verzögerung und Umständlichkeit des Verfahrens. Allerdings hätte der Umweg vermieden werden können, wenn die Beschwerde und die weitere Beschwerde von vornherein an die, nach der Auffassung der vorliegenden Entsch. zuständigen Gerichte (Oels und Breslau) gerichtet worden wäre, und man könnte wohl fragen, ob es nicht zweckmäßiger gewesen wäre, wenn das zu Unrecht angerufene BeschwG. Dresden sogleich die bei ihm eingegangene Beschwerde *zuständigkeitshalber* an das LG. Oels weiter geleitet hätte. Aber wie soll der, ohnedies durch die Leiden der Untersuchungshaft bedrückte und verängstigte Verhaftete in diesen komplizierten Zuständigkeitsfragen sich zurechtfinden? Jedenfalls erscheint die oft erhobene Forderung wohl begründet, daß nicht nur erst im Falle des § 115a Abs. 4, sondern in *jedem* Falle des Erlasses eines Haftbefehls dem Untersuchungsgefangenen *sogleich* ein Verteidiger zur Wahrung seiner Rechte bestellt werden muß.

JR. Dr. *Mamroth*, Breslau.

Zu 31. Die gesetzlichen Erfordernisse, an die das Gesetz die Zulässigkeit einer beschleunigten Aburteilung gem. § 212 StPO. geknüpft hat, sind von Amts wegen zu beachten. Denn es handelt sich um eine die Art des Verfahrens bestimmende Prozeßvoraussetzung. Bestritten ist der Umfang des richterlichen Nachprüfungsrechtes, insbes. die Frage, ob der Richter bei einer Vorführung des Beschuldigten untersuchen darf, ob die Voraussetzungen einer vorläufigen Festnahme — § 212 i. Verb. m. §§ 127 und 112 StPO. — vorgelegen haben. Sie wird teils bejaht, teils verneint. Nach Ansicht des Verf. besteht ein beschränktes Nachprüfungsrecht in dem Sinne, daß der Richter die objektiv verankerten Tatbestandsbedingungen in vollem Umfange, die subjektiv bestimmten dagegen nur ihrem äußeren Vorliegen nach zu erforschen hat. Er wird also prüfen, ob eine Übertretung, ein Vergehen usw. gegeben ist, ob der Beschuldigte sich freiwillig gestellt hat, verneinendenfalls, ob er auf frischer Tat betroffen oder verfolgt worden ist; dagegen nicht, ob die Polizei mit Recht dringenden Tatverdacht, Fluchtverdacht oder Verdunklungsgefahr angenommen hat. Denn § 212 StPO. beruht auf der Erwägung, daß, wenn es einmal zu einer Festnahme gekommen ist, die beschleunigte Aburteilung der Tat erwünscht ist, ohne daß der Gesetzgeber den Beschuldigten damit aber ungünstiger stellen will. Es besteht daher kein Anlaß für den Richter, auch die Richtigkeit des polizeilichen Ermessens nachzuprüfen, sofern nicht etwa der Verdacht der Willkür begründet ist. (Nähere Ausführungen des Verf. demnächst in GoltdArch.)

Dem obigen Urteile ist darin beizupflichten, daß der vom Verteidiger erhobenen Rüge durch die Rücknahme der Berufung der Boden entzogen war. Denn wenn der Beschuldigte dadurch seine beschleunigte Aburteilung herbeiführen kann, daß er sich freiwillig stellt, wenn ferner nach einer zwar bestrittenen, aber wohl zutreffenden Meinung das gleiche für den Fall gelten muß, daß der aus der Untersuchungshaft Vorgeführte sein Einverständnis mit dem Schnellverfahren erklärt, so muß es auch statthaft sein, daß der Angekl. *nachträglich* durch sein Einverständnis die Zulässigkeit und Rechtswirksamkeit seiner

Sitzungsprotokoll hat der Verteidiger des Angekl. bei Beginn dieser Sitzung erklärt, daß er die Berufung des Angekl. zurückziehe. Andererseits hat die StA. ihre Berufung auf das Strafmaß beschränkt. Ist aber hiernach die Verurteilung des Angekl. im Schuldausspruche rechtskräftig und hat der Angekl. durch die Zurücknahme der Berufung zu erkennen gegeben, daß er sogar mit seiner Verurteilung in vollem Umfange einverstanden war und keine Einwendungen gegen die Art des Verfahrens, das zu seiner Verurteilung geführt hat, erheben will, so war zu einer Prüfung der Frage, ob das Verfahren unter den Voraussetzungen des § 212 StPO. stattgefunden hatte, kein Raum mehr. Hinzu kommt noch, daß nach § 328 Abs. 2 StPO. eine Zurückverweisung nur dann zulässig war, wenn das Urteil an einem Mangel gelitten hat, der die Rev. wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren begründen würde. Nach § 337 StPO. kann aber die Rev. nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Auch diese Voraussetzung liegt nicht vor. Denn auf die Höhe der in erster Instanz erkannten Strafe kann es keinen Einfluß gehabt haben, daß die Verurteilung im beschleunigten Verfahren gem. § 212 StPO. erfolgt ist.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 19. Aug. 1931, S 351/31.)

*

Hamburg.

32. §§ 116 Abs. 5, 304, 310 StPO. Weitere Haftbeschwerde auch über die Art und Weise der Durchführung der Untersuchungshaft.

Die weitere Beschwerde ist zulässig.

Es handelt sich zwar nicht um eine „Verhaftung" im engeren Sinne des § 310 Abs. 1 StPO., sondern darum, ob eine den Briefverkehr eines Untersuchungsgefangenen beschränkende Anordnung des Untersuchungsrichters zulässig ist; aber auch derartige Verfügungen, die gem. § 116 Abs. 5 StPO. zu treffen sind, unterliegen richtiger Ansicht nach der weiteren Beschwerde, weil sie die Verhaftung im weiteren Sinne betreffen, nämlich die Art und Weise der Durchführung der Untersuchungshaft. Früher war dies im Anschluß an die damalige Ansicht des Löweschen Kommentars die vorwiegende Meinung. In den letzten Jahren haben das BayObLG. und mehrere OLG. anders entschieden (JW. 1927, 2059), und auch der Löwesche Kommentar hat seine Ansicht gewechselt. Der Senat sieht keinen Anlaß, seinen alten Standpunkt zu verlassen, der mit dem Wortlaut des § 310 StPO. nicht unvereinbar ist. Die Untersuchungshaft ist eine so tief einschneidende und unter Umständen so bedrückende Maßnahme, daß nicht nur die Freiheitsentziehung selbst, sondern auch die Art und Weise ihrer Durchführung der Nachprüfung durch die Zulassung der weiteren Beschwerde sehr wohl bedürftig erscheint.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 16. Febr. 1931, Bs 27/31.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

33. §§ 370 Abs. 2, 373 StPO. Wirkung des Beschlusses im Wiederaufnahmeverfahren, daß die Hauptverhandlung zu erneuern sei. †)

Nach der rechtskräftigen Verurteilung des Angekl. haben im Privatklageverfahren die Parteien, nachdem im Wiederaufnahmeverfahren die Erneuerung der Hauptverhandlung angeordnet war, in der Verhandlung vor dem LG. einen Vergleich geschlossen, durch welchen die Privatklage zurückgenommen wurde. Der Angekl. hat die Gerichtskosten der drei Instanzen bis zum Wiederaufnahmeverfahren übernommen. Er hat im übrigen auf irgendwelche Rückforderungen gegen die Staatskasse oder den Privatkl. wegen der bereits bezahlten Anwaltsgebühren verzichtet. Der vom Verteidiger gestellte Antrag, an ihn die an die Staatskasse gezahlte Geldstrafe zurückzuzahlen, da der Angekl. ihm seinen Anspruch abgetreten habe, ist durch Beschluß des AG. zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat der Verteidiger sofortige Beschwerde eingelegt. Über diesen Antrag ist vom LG. noch nicht entschieden. Der Verteidiger hat weiter beim LG. die Anberaumung eines neuen Termins zur Fortsetzung der Hauptverhandlung beantragt, da er sich auf den Standpunkt stelle, daß der zwischen den Parteien vor dem LG. geschlossene Vergleich rechtsunwirksam sei. Dieser Antrag ist durch Verfügung des Vorsitzenden der kleinen StrK. abgelehnt worden. Gegen diesen Beschluß hat der Verteidiger des Angekl. Beschwerde eingelegt.

Für die Entscheidung über die eingelegte Beschwerde ist der StrSen. zuständig, da die Voraussetzungen des § 305 Satz 1 StPO. nicht gegeben sind (§ 304 StPO., § 121 Nr. 2 GVG., Löwe, 18. Aufl., S. 745 Anm. 49).

Die Beschwerde konnte keinen Erfolg haben. Wie das LG. im angefochtenen Beschluß mit Recht ausführt, ist, nachdem das Strafverfahren durch den Vergleich sein Ende gefunden hat, für eine neue Hauptverhandlung kein Raum. Es wird daher vom LG. über die Beschwerde des Verteidigers gegen den Beschluß des AG. zu entscheiden sein.

Im Privatklageverfahren ist der Abschluß eines Vergleichs vor dem AG. und dem LG. zulässig und gültig, sofern in ihm die Klagzurücknahme des Privatkl. enthalten ist, was zur Folge hat, daß, da hiermit im Zweifel auch der Strafantrag zurückgenommen ist, jedes weitere Verfahren ausgeschlossen ist. In der RevInst. ist ein Vergleich mit Rücknahme der Klage im Hinblick auf die Vorschrift des § 391 Abs. 1 StPO. nicht mehr möglich.

Dagegen ist der Abschluß eines Vergleichs zulässig, wenn das Verfahren, wie hier, wieder aufgenommen ist. Da in der Anordnung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens eine Wiedereinsetzung des Angekl. in den vor dem Strafurteil vorhanden gewesenen Stand liegt, so wird durch diese Anordnung dem früheren Urteil seine rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit gänzlich entzogen; die nach § 370 Abs. 2 StPO. ergehende Anordnung bereitet der Vollstreckbarkeit des Urteils ein Ende.

Die Vorschrift des § 373 Abs. 1 StPO., daß in der erneuten Hauptverhandlung entweder das frühere Urteil aufrechtzuerhalten oder unter seiner Aufhebung anderweit zu erkennen sei, steht dieser Meinung nicht entgegen, da die Vorschrift sich in ihrer Bedeutung auf die Form beschränkt, nicht aber eine bis zur formellen Bestätigung oder Aufhebung des früheren Urteils fortwirkende Rechtsbeständigkeit desselben zu erkennen geben will. Es kommt hinzu, daß die StPO. die Weitervollstreckung aus dem früheren Urteil offenbar für ausgeschlossen erachtet, da sie es für nötig hält, in § 360 StPO. dem Antrage auf Wiederaufnahme des Verfahrens die Wirkung einer Hemmung der Urteilsvollstreckung, vorbehaltlich der Befugnis des § 360 Abs. 2 StPO., ausdrücklich abzusprechen (RGSt. 27, 383; 30, 421; Alsberg, Strafprozeß Entscheidung des OLG. Bd. 2, 420; OLG. Jena, Urt. v. 12. März 1901). Bleibt nach § 360 Abs. 2 StPO. schon bei der bloßen Antragstellung die Unterbrechung der Strafvollstreckung zugelassen, so kann hieraus geschlossen werden, daß eine solche Unterbrechung für das Stadium des § 370 Abs. 2 StPO. wohl als selbstverständlich vorausgesetzt ist (Mannheim: JW. 1930, 3448).

Der Senat hält an der von ihm früher vertretenen Auffassung nach erneuter Prüfung nicht mehr fest (Beschluß v. 14. April 1930, Bs St 97/30: JW. 1930, 3447).

Wenn somit im vorl. Falle durch die Wiederaufnahme des Verfahrens das früher erlassene rechtskräftige Urteil seine Bedeutung verloren hat, so steht dem Abschluß eines Vergleichs in der erneuten Hauptverhandlung nichts im Wege. Andernfalls würde, wenn nämlich dem Wiederaufnahmebeschluß nicht diese Wirkung zukäme, das rechtskräftige Urteil, dem durch die im Vergleich erklärte Zurücknahme des Strafantrages die rechtliche Grundlage entzogen ist, neben dem rechtliche Bindung erzeugenden Vergleich (JW. 1927, 2477; 1929, 1083) fortbestehen, was ein in sich widerspruchsvolles, unmögliches Ergebnis wäre.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 12. Febr. 1931, Bs St 42/31.)

Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Grisebach, Hamburg.

*

Hamm.

34. § 413 Abs. 4 StPO. Eine polizeiliche Strafverfügung unterbricht nicht schon mit ihrer Unterzeichnung die Verjährung der Strafverfolgung, wenn nicht schon bei der Unterzeichnung die Absicht besteht, sie wirksam werden zu lassen. †)

Die Strafverfolgung der dem Angekl. zur Last gelegten Straftat ist verjährt und war auch schon bei Erlaß des von der Rev.

---

beschleunigten Aburteilung begründet. Ein derartiges Einverständnis kann auch stillschweigend zum Ausdruck kommen und ist jedenfalls in der Rücknahme der Berufung zu erblicken.

Im übrigen hätte das landgerichtliche Urteil nicht auf Aufhebung und Rückverweisung, sondern auf Einstellung des Verfahrens lauten müssen. Denn es ist nicht erfindlich, wie das Verfahren anderenfalls seinen Fortgang nehmen sollte, da die Anklage mündlich erhoben und das Gericht durch die Verhandlung in gleicher Weise wie durch einen Eröffnungsbeschluß mit der Sache befaßt worden, die Erhebung einer neuen Klage in demselben Verfahren somit ausgeschlossen war.

StA. Dr. Henseler, Duisburg.

Zu 33. Ein sehr erfreulicher Beschluß. Das OLG. gibt hier ausdrücklich seine bisherige Meinung auf und bekennt sich zu der Anschauung, daß der nach § 370 Abs. 2 StPO. ergehende Beschluß ohne weiteres eine Unterbrechung der Strafvollstreckung nach sich zu ziehen habe.

Auch den sonstigen Ausführungen des OLG. ist beizupflichten. Insbes. bestehen gegen die Zulässigkeit eines Vergleichs in der erneuten Hauptverhandlung keine Bedenken. § 373 Abs. 1 StPO. steht — wie der Beschluß zutreffend ausführt — nicht entgegen. Diese Vorschrift verbietet nicht eine Erledigung durch Vergleich, sondern beschäftigt sich nur nicht mit dieser Möglichkeit.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Zu 34. Einen lebhaften Meinungsstreit hat von jeher die Frage entfacht, ob die Verjährung der Strafverfolgung im polizeilichen Strafverfügungsverfahren gem. § 413 Abs. 4 StPO. schon

der StA. angefochtenen freisprechenden Urteils des AR. verjährt. Der Angekl. ist einer Übertretung beschuldigt, die er im Juni 1929 begangen haben soll. Die Strafverfolgung von Übertretungen verjährt nach § 67 StGB. in drei Monaten. Nun ist freilich die die Grundlage des Verfahrens bildende polizeiliche Strafverfügung vom 12. Sept. 1929 datiert, und der § 413 Abs. 4 StPO. bestimmt, daß die polizeiliche Strafverfügung in betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung wirkt. Regelmäßig wird auch der Tag der Unterzeichnung der polizeilichen Strafverfügung als der Tag des Erlasses der Verfügung und somit als maßgebend für die Frage der Unterbrechung der Verjährung anzusehen sein. Voraussetzung hierfür aber muß sein, daß bei der Unterzeichnung der Strafverfügung auch die Absicht besteht, daß die Verfügung gegen den Beschuldigten wirksam werden soll. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle nicht erfüllt. Vielmehr ist von dem Beamten, der die polizeiliche Verfügung unterzeichnet hat, gleich verfügt worden, daß mit Rücksicht darauf, daß der Beschuldigte als geisteskrank erklärt sei und nach seiner Angabe die Eingaben unentgeltlich angefertigt habe, von der Zustellung der Strafverfügung vorläufig abgesehen werden solle, und es ist weiter zunächst die Vernehmung von Zeugen angeordnet worden. Erst im Oktober 1929 — von welchem Beamten, ist aus den Akten nicht ersichtlich — ist die Zustellung der Strafverfügung an den Angekl. angeordnet und (am 18. Okt. 1929) die Strafverfügung dem Angekl. zugestellt worden. Hiernach kann die polizeiliche Strafverfügung nicht als durch die Unterzeichnung und als am Tage der Unterzeichnung erlassen gelten; durch die Unterzeichnung allein wurde noch keine Handlung gegen den Angekl. gerichtet; sie kann daher auch nicht als zur Unterbrechung der Verjährung geeignet angesehen werden. Die Strafverfügung kann im vorliegenden Falle erst dann als erlassen angesehen werden, als ihre Zustellung angeordnet wurde. Erst dann wurde bestimmt, daß sie wirksam werden sollte. Erst von diesem Zeitpunkt ab war sie an sich geeignet, die Verjährung zu unterbrechen. Jedoch war zu dieser Zeit die Verjährung der Strafverfolgung schon vollendet. Die Strafverfolgung ist demnach unzulässig. Der AR. hätte daher auf Einstellung des Verfahrens erkennen müssen, ohne eine sachliche Entsch. zu treffen. Daher war jetzt unter Anwendung des § 354 StPO., wie geschehen, zu entscheiden.

(OLG. Hamm, StrSen., Urt. v. 21. Mai 1930, S 104/30.)

Mitgeteilt von OLGR. Schauer, Hamm.

*

35. § 300 StPO. ist nicht anwendbar, wenn ein Verteidiger im Irrtum darüber, daß die Berufung zulässig ist, Revision einlegt. †)

Die Rüge der Rev., daß die StrK. die Vorschrift des § 300 StPO. unrichtig ausgelegt und somit aus Rechtsirrtum nicht angewandt habe, erscheint nicht begründet. Die Verteidiger haben gegen das erstinstanzliche Urt. v. 19. Sept. 1929 mit dem Schriftsatz v. 23. Sept. 1929 „das Rechtsmittel, die Rev." eingelegt. Hiernach liegt ein Irrtum in der Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels i. S. des § 300 StPO. nicht vor. Denn die Rev. ist die richtige Bezeichnung für das zulässige Rechtsmittel. Freilich war auch die Berufung zulässig. Wenn die Behauptungen der Revisionsbegründung darüber, wie der Schriftsatz v. 23. Sept. 1929 entstanden ist und weswegen er die Fassung, in der er eingereicht worden ist, erhalten hat, als richtig unterstellt werden, dann handelt es sich günstigstenfalls um einen Irrtum darüber, daß auch die Berufung zulässig war. Vor den Folgen eines solchen Irrtums soll der § 300 StPO. aber keinen Schutz gewähren. Die Vorschrift des § 300 StPO. bestand (als § 342) schon in der StPO. der früheren, vor dem 1. April 1924 geltenden Fassung, also zu einer Zeit, als es noch keine Möglichkeit einer Wahl zwischen Berufung und Rev. und überhaupt keine Wahl zwischen mehreren Rechtsmitteln gab, vielmehr gegen jede Entsch. jeweils nur ein bestimmtes Rechtsmittel gegeben war. Die Vorschrift wollte lediglich bestimmen, daß eine jede Erklärung eines Rechtsmittelberechtigten, die erkennen läßt, daß er sich bei einer Entsch. nicht beruhigen wolle, als Rechtsmitteleinlegung genügt, ohne daß es auf die zutreffende Bezeichnung des Rechtsmittels ankommt; der Rechtsmittelberechtigte soll des Rechtsmittels nicht dadurch verlustig gehen, daß er es nicht oder nicht richtig bezeichnet. Dieser Zweck der alten Vorschrift ist durch die Änderung der StPO., durch die für bestimmte Fälle die Möglichkeit einer Wahl zwischen den Rechtsmitteln der Berufung und der Rev. geschaffen wurde, nicht verändert worden und insbes. nicht etwa dahin erweitert worden, daß die Vorschrift nun auch einen Schutz schaffen sollte gegen die Folgen eines Irrtums bei der Wahl zwischen den Rechtsmitteln der Berufung und der Rev., daß sie also nun auch die Möglichkeit schaffen sollte, in Fällen, in denen eine Wahl zwischen den Rechtsmitteln der Berufung und der Rev. möglich war, die unter bestimmter unzweideutiger Bezeichnung des Rechtsmittels abgegebene Erklärung, daß das eine dieser Rechtsmittel eingelegt werde, als unerheblich anzusehen und eine spätere Erklärung, daß das andere Rechtsmittel habe eingelegt werden sollen

---

durch Unterzeichnung der Strafverfügung oder erst durch deren Bekanntmachung an den Beschuldigten unterbrochen werde. Man wird, wie es auch die hier zu besprechende Entsch. tut, mit guten Gründen grundsätzlich den Zeitpunkt der Unterzeichnung der Strafverfügung durch den zuständigen Polizeibeamten als den für die Verjährungsunterbrechung maßgebenden Zeitpunkt annehmen dürfen, denn mit der Unterzeichnung der Verfügung ist diese erlassen und der Erlaß der Strafverfügung ist als eine solche gegen den Beschuldigten gerichtete Handlung anzusehen, die nach § 413 Abs. 4 StPO. einer gegen den Beschuldigten gerichteten richterlichen Handlung i. S. des § 68 StGB. in Ansehung der Verjährungsunterbrechung gleichzustellen ist. Freilich darf dabei nicht übersehen werden, daß die erlassene pol. Strafverfügung zu ihrer Wirksamkeit der Bekanntmachung an den Beschuldigten in der vorgeschriebenen Form (in Preußen Zustellung) bedarf (vgl. OLG. Düsseldorf v. 22. Aug. 1925: GoltdArch. 70, 249). Der oben aufgestellte Satz, daß die Verjährung der Strafverfolgung schon durch Unterzeichnung der pol. Strafverfügung unterbrochen werde, gilt daher für die Fälle, in denen die Verjährung in der Zeit zwischen der Erlassung der Verfügung und ihrer Bekanntmachung an den Beschuldigten eintreten würde, nur unter der einschränkenden Voraussetzung, daß demnächst die Bekanntmachung der erlassenen Verfügung an den Beschuldigten in vorschriftsmäßiger Weise im ordnungsgemäßen Geschäftsgange erfolgt. Der der Verjährungsvorschrift des § 67 Abs. 3 StGB. innewohnende Schutzzweck für den Beschuldigten gebietet ja, daß der Täter eines geringfügigen Deliktes — hier kommen nach § 413 Abs. 1 StPO. nur Übertretungen in Frage — nur kurze Zeit der Gefahr und der Besorgnis einer etwaigen Strafverfolgung ausgesetzt sein soll, so daß die Auslegung des § 413 Abs. 4 StPO. ohne Gefährdung der Rechtssicherheit des Täters keinesfalls gestattet, die Dreimonatsfrist des § 67 Abs. 3 StGB. um mehr zu erstrecken als um die Zeit, die für die vorgeschriebene Bekanntmachung der erlassenen pol. Strafverfügung im regelmäßigen Geschäftsgange erforderlich ist. Dieser Grundsatz läßt sich insbes. daraus herleiten, daß im Rahmen des pol. Strafverfügungsverfahrens nicht jede gegen den Beschuldigten gerichtete Handlung schlechthin die Verjährung unterbricht, sondern nur die Strafverfügung selbst, die eben zu ihrer Wirksamkeit des zusammengehörigen doppelten Aktes der Erlassung und der Bekanntmachung bedarf.

Die vorstehend angestellten Erwägungen gehen von den Fällen aus, in welchen an sich von Anfang an die vorbehaltlose Absicht der Polizeibehörde besteht, die Strafverfügung gegen den Beschuldigten wirksam werden zu lassen. Auch unter dieser Voraussetzung wäre im gegebenen Falle die Übertretung des Beschuldigten nach dem oben Ausgeführten verjährt, weil die Zustellung der am 12. Sept. erlassenen Strafverfügung erst nach mehr als fünf Wochen erfolgt ist. Es kommt aber hier dazu, daß bei Erlassung der Strafverfügung die Absicht der Polizeibehörde, diese in Wirksamkeit zu setzen, noch gar nicht bestand, denn die Behörde hielt den Fall noch nicht für genügend aufgeklärt und ordnete deshalb gleichzeitig die Einvernahme von Zeugen an, mit dem offensichtlichen Willen, sich erst nach Abschluß der Beweisaufnahme endgültig über die eventuelle Bestrafung des Beschuldigten schlüssig zu werden. Hier war die „Erlassung" der Strafverfügung unzweifelhaft nur als Formalakt gedacht, um durch ihn die Unterbrechung der Verjährung auf alle Fälle herbeizuführen und dadurch für weiteres Handeln Zeit zu gewinnen. Es versteht sich von selbst, daß solche Akte nur den Zweck haben können, die gesetzliche Verjährungsfrist künstlich zu verlängern und damit das zum Schutze des Beschuldigten bestehende Gesetz zu umgehen und so den Rechtsschutz des Beschuldigten in Ansehung der Verfolgungsverjährung illusorisch zu machen. Ein solches Handeln der Polizeibehörde ist gesetzwidrig, der erstrebte Erfolg muß ihm versagt bleiben. Darüber hinaus muß aber noch gesagt werden, daß eine Behörde durch solches Verhalten nicht nur gegen das Gesetz und gegen den Geist des Strafrechtes verstößt, sie tut dadurch auch ihrem eigenen Ansehen und ihrer Autorität Abbruch. Die Zustimmung verdienende Stellungnahme des RevG. mag hier als Ersatz gelten für einen im Bereiche des Strafrechtes nicht gegebenen Rechtsbehelf, die exceptio doli generalis.

RA. Ernst Oppenheimer, München.

Zu 35. Die Frist zur Anfechtung (Berufung oder Rev.) gegen das Urt. v. 19. Sept. 1929 lief v. 26. Sept. 1929 ab. Der Anwalt hatte am 23. Sept. „das Rechtsmittel, die Rev." eingelegt und am 30. Sept., nach Ablauf der Frist, beantragt, sein Rechtsmittel als Berufung zu betrachten.

Die Entsch. meint, daß es früher nur ein bestimmtes Rechtsmittel gegen jedes Urt. gegeben habe und eine falsche Bezeichnung daher keine sonstigen Folgen gehabt habe. Eine unrichtige Bezeichnung wäre durch § 342 für unschädlich erklärt. Jetzt aber habe der Angekl. ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Rechtsmitteln; wenn er nachweise, daß er das richtige gewollt und sich

oder als eingelegt gelten solle, als maßgebend für die Wahl und die Behandlung des eingelegten Rechtsmittels gelten zu lassen. In den Fällen, in denen sowohl die Berufung als auch die Rev. zulässig ist, ist die unter bestimmter unzweideutiger Bezeichnung des Rechtsmittels abgegebene Erklärung, daß das eine der Rechtsmittel eingelegt werde, maßgebend als Wahl des Rechtsmittels und eine spätere Erklärung, daß das andere Rechtsmittel habe eingelegt werden sollen oder als eingelegt gelten solle, nicht mehr zulässig. Dies gilt auch dann, wenn der Erklärende sich in einem Irrtum darüber befunden hat, daß beide Rechtsmittel zulässig waren, und es macht dabei keinen Unterschied, ob der Irrtum auf einer Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen oder auf einer mangelhaften Kenntnis der Sachlage beruht hat. Im vorl. Falle ist in dem Schriftsatz v. 23. Sept. 1929 das eingelegte Rechtsmittel klar als „Rev." bezeichnet worden, und zwar von einem RA., der als Rechtskundiger die Bedeutung dieser Bezeichnung gekannt hat. War der Verteidiger im Zweifel darüber, was den Gegenstand des ergangenen erstinstanzlichen Urteils bildete und ob demnach nur die Rev. oder auch die Berufung gegen das Urteil zulässig war, dann hätte er durch eingehendes Befragen des Angekl., durch Einsichtnahme in die in den Händen des Angekl. befindlichen Schriftstücke (daß ihm solche vorgelegen haben, geht daraus hervor, daß in dem Schriftsatz v. 23. Sept. 1929 das Aktenzeichen 14 D 244/29 zutreffend angegeben worden ist) und durch Nachfrage beim Gericht sich nähere Auskunft verschaffen und zum mindesten erfahren können, daß es sich nicht um eine Übertretung handelte und demnach auch die Berufung zulässig war. Er hätte auch die Erklärung abgeben können, daß, falls zulässig, die Berufung, andernfalls die Rev. eingelegt werde. Keinesfalls konnte er auf Grund der Vorschrift des § 300 StPO. beanspruchen, daß die im Schriftsatz v. 23. Sept. 1929 abgegebene Erklärung, es werde Rev. eingelegt, als unerheblich für die Wahl und Behandlung des Rechtsmittels und die im Schriftsatz v. 30. Sept. 1929 abgegebene Erklärung, es werde das Rechtsmittel der Berufung eingelegt und er bitte, seine Eingabe v. 23. Sept. 1929 in diesem Sinne zu behandeln, als maßgebend für die Wahl und Behandlung des Rechtsmittels angesehen werde.

(OLG. Hamm, StrSen., Urt. v. 28. Mai 1930, 2 S 108/30.)

Mitgeteilt von OLGR. Schauer, Hamm.

*

36. § 329 StPO. **Die Berufung des Angeklagten ist auch dann zu verwerfen, wenn der Angeklagte in dem ersten Hauptverhandlungstermin vor dem Berufungsgericht erschienen ist, aber in einem späteren Hauptverhandlungstermin der Berufungsinstanz unentschuldigt ausbleibt.** †)

Gegen das in erster Instanz ergangene Urt. des AG. in G. v. 8. Nov. 1928, durch das der Angekl. wegen Betruges in zwei Fällen zu einer Gesamtstrafe von drei Monaten Gefängnis verurteilt worden ist, hatte nur der Angekl. Berufung eingelegt. In der Berufungsverhandlung vor der StrK. am 18. April 1929 war der Angekl. erschienen. Diese Hauptverhandlung wurde, nachdem die erschienenen Zeugen vernommen worden waren, zwecks Vernehmung weiterer Zeugen vertagt. In dem Hauptverhandlungstermin v. 7. Juli 1930, in dem das jetzt mit der Rev. angefochtene Urt. ergangen ist, ist der Angekl. nicht erschienen. Sein im Termin erschienener Verteidiger hat erklärt, daß der Angekl. ihm mitgeteilt habe, er könne wegen Krankheit nicht erscheinen. Die StrK. hat dann auf Grund der Vorschrift des § 329 StPO. die Berufung des Angekl. verworfen.

Die gegen dieses Urt. der StrK. gerichtete Rev. des Angekl.

---

nur im Ausdruck vergriffen, so sei dies wie früher, jetzt aus § 300 unschädlich. Wenn er aber in der Wahl selbst sich geirrt, so liege kein Irrtum in der Bezeichnung vor. Es genüge, wenn Richtigstellung innerhalb der Frist erfolge, andernfalls sei das unrichtig eingelegte Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen, das richtige sei nicht rechtzeitig eingelegt; mit anderen Worten, ein Irrtum in der Wahl sei nicht durch § 300 gedeckt.

Dies erscheint nicht richtig.

Wenn früher der Angekl., obwohl er wußte, daß nicht Rev., sondern Berufung zulässig, trotzdem — aus irgendwelchen Gründen — Rev. einlegte, so war ihm mit § 340 nicht zu helfen. Dasselbe ist heute für § 300 richtig. Wenn aber jemand sich nur irrte und deshalb ein unrichtiges Rechtsmittel einlegte, so war dies unschädlich. Die Worte: „in der Bezeichnung" sollen nur soviel bedeuten als die „Anführung im Schriftstück". Der Unterschied zwischen Irrtum in der Erklärung und im Willen aber ist gleichwirkend.

Wesentlich war, daß der Angekl. bei dem Urteil sich nicht beruhigen wollte, mit demselben nicht zufrieden war, ein Rechtsmittel einlegte. Es war gleich, ob ein Irrtum im Willen oder in der Erklärung vorlag. Dasselbe ist heute unverändert der Fall.

Durch die Einlegung des Rechtsmittels zeigt sich, daß das Verfahren gegen den Angekl. weiter in gerichtlicher Behandlung bleibt. Ob nun das RevG. oder das BG. in Anspruch zu nehmen ist, ist eine Frage der Erledigung des Verfahrens durch die Behörde. Diese Frage kann sehr wohl erst im Laufe der Behandlung beantwortet werden. Es kann dies insbes. auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist geschehen. Wenn deshalb nach Ablauf der Rechtsfrist der Angekl. erklärt, er wolle sein Rechtsmittel als Berufung und nicht als Rev. angesehen haben, so liegt durchaus kein Grund vor, in formaler Weise das Verfahren für erledigt zu erklären, obwohl eine Rücknahme des Rechtsmittels nicht erfolgt ist.

Das KG. v. 3. Juni 1919: GoltdArch. 68, 286 hat sogar eine stillschweigende Beschränkung des Rechtsmittels zugelassen; warum soll das Rechtsmittel nicht später beliebig begrenzt werden können?

Der Umstand, daß der Angekl. heute aus § 313 in der Wahl des Rechtsmittels beengt worden und aus § 335 eine freie Auswahl hinsichtlich des Rechtsmittels zugebilligt bekommen hat, erweitert auch die Möglichkeit von Irrtümern im Willen und in der Erklärung. Beide Umstände führen zum Irrtum in der „Bezeichnung", d. h. im „Schriftstück". Das Anwendungsgebiet des § 300 ist also formell dasselbe wie das des § 342, materiell aber ist sein Gebiet größer geworden, weil eben das Gebiet der Möglichkeit des Irrtums erweitert ist.

Wesentlich ist nur die Entsch. der Frage, was zu veranlassen ist, wenn Angekl. auch nach Befragung oder bis zum Termin keine Erklärung abgibt, aus der — im Falle des Wahlrechts — der etwaige Irrtum berichtigt wird. Dieser im Gesetz nicht geordnete Fall ist analog aus § 335 Abs. 3 zu entscheiden.

Die Judikatur über diese Frage ist keine einheitliche. Das RG. (3. Sen.) hat am 1. März 1926 gebilligt, daß der StA. beide Rechtsmittel einlegt und fristgemäß erklärt, er ziehe das eine zurück (JW. 1926, 2198).

Derselbe Senat geht einige Monate später am 4. Nov. 1926: JW. 1927, 916 über diese Entsch. hinweg und entscheidet entgegengesetzt. In der Anmerkung führt Mannheim aus, daß das RG. das Rechtsmittel der Sprungrevision dadurch praktisch fast unmöglich mache. Das RG. zitiert das Urt. (RG. 57, 83), obwohl dies nur die zivilrechtlichen Gründe einer Anfechtung für die Strafprozeßänderung für unabwendbar bezeichnet. Das KG. erklärt am 1. Dez. 1924: JW. 1925, 1032 das Rechtsmittel, wenn der RA. sich über die Zulässigkeit geirrt und das unrichtige eingelegt, für unzulässig. Goldschmidt polemisiert in der Anmerkung mit Recht dagegen. In sehr freisinniger Weise erklärt das OLG.: JW. 1927, 2083, daß, wenn nicht besondere Umstände hervortreten, nach denen ein Irrtum nicht vorläge, unrichtige Angabe oder unrichtige Bezeichnung nicht schade. Unger stimmt dem in der Anmerkung bei, nur will er eine nachträgliche Wahl für unzulässig halten. Er zitiert eine größere Reihe diesbezüglicher Entsch.

Aus alledem ist zu ersehen, daß die Frage weder aus dem Wortlaut noch aus der Auslegung des Wortlauts sich lösen läßt. Es muß davon ausgegangen werden, daß die StPO., ebenso wie in allen anderen Beziehungen, z. B. der Privatklage, der Entwicklung durch die Praxis bedarf. Solche Entwicklung aber führt dazu, daß es genügt, wenn der Angekl. erklärt hat, er sei mit dem Urt. nicht zufrieden und lege ein Rechtsmittel ein. Die weitere Behandlung des Rechtsmittels ist Sache des Gerichts. Wenn zwei Rechtsmittel, wie Berufung und Rev., möglich sind, so mag der Angekl. sich ruhig später für das eine oder andere erklären; tut er es nicht, so wird das weitgehendere Rechtsmittel als vorliegend zu erachten sein.

Dies allein entspricht dem Grundsatz, daß der Richter die wirkliche Wahrheit auch im Interesse des Angekl. ermitteln soll und der Angekl., solange nicht Rechtskraft vorliegt, nur als verdächtig, nicht als schuldig, angesehen werden kann.

JR. Dr. Johannes Werthauer, Berlin.

Zu 36. Die Entscheidung ist von grundsätzlicher Bedeutung, da es ersichtlich das erstemal ist, daß die Einstellung des RG. zu § 329 StPO. in dieser Allgemeinheit einer ablehnenden Kritik unterzogen wurde. Als das grundlegende RGUrt. v. 5. April 1927 bekannt wurde, fand es in der JW. 1927, 2042 Aufnahme ohne Glossierung. Auch in dem Kommentar von Löwe-Rosenberg ist der Standpunkt des RG. kritiklos übernommen.

Von früheren Entsch. interessiert die des BayObLG. v. 22. Juli 1924 (LZ. 1925, 51). Sie behandelt den Fall, daß der bei Aufruf der Sache erschienene Angekl. sich nach dem Aufruf der Sache, aber vor Aufruf der Zeugen und Sachverständigen entfernt hatte und kontumaziert worden war. Das Untergericht hatte angenommen, daß nach der in § 243 aufgestellten Reihenfolge die Verhandlung erst mit dem Aufruf der Zeugen „beginne". Das OLG. verwarf m. E. mit Recht diesen formalistischen Standpunkt und bezeichnete sinngemäß den Aufruf der Sache als Beginn der Verhandlung (Löwe-Rosenberg, 18. A. § 329 N. c).

Des weiteren behandelt RA. Dr. Fürst, Frankfurt: LZ. 1926, S. 913 die Frage, ob die Verhandlung des BG., welche auf Rückverweisungsurteil des RevG. erfolgt, eine neue Verhandlung ist, die einen besonderen Beginn nach § 329 StPO. hat, oder lediglich eine Fortsetzung der früheren Verhandlung. Er entschied sich für die letztere

macht geltend: Die Anwendung des § 329 StPO. entspreche nicht dem Gesetz; nach der bekannten Rspr. des RG. liege der Fall der Versäumnis im Berufungsverfahren nicht vor, wenn der Angekl., wie es hier zutreffe, in einer Hauptverhandlung persönlich erschienen sei.

Der Rev. ist zuzugeben, daß nach der auch von der StrK. angeführten und erörterten Rspr. des RG. die Berufung nicht auf Grund des § 329 StPO. hätte verworfen werden dürfen. Der Senat vermag jedoch den Standpunkt des RG. nicht zu teilen, hält vielmehr die Ansicht der StrK. für richtig.

Das RG. sagt (RGSt. 61, 280) zur Begründung seines Standpunkts: Der § 329 StPO. enthalte eine der Ausnahmen von dem Grundsatz, daß gegen einen ausgebliebenen Angekl. kein Urt. erlassen werden dürfe; sie beruhe auf der Fiktion, daß der Berufungsführer, der ohne genügende Entschuldigung der Berufungsverhandlung fernbleibe, auf sein Rechtsmittel verzichten wolle; eine derartige Ausnahmevorschrift, die für einen Angekl. unter Umständen sehr gefährlich werden könne, sei auf das engste auszulegen; es müsse daher angenommen werden, daß die Vorschrift nur auf den Beginn des Verfahrens vor dem erkennenden Gericht zu beziehen, also unanwendbar sei, wenn eine in Anwesenheit des Angekl. begonnene Hauptverhandlung unterbrochen oder ausgesetzt worden sei und der Angekl. in der fortgesetzten oder neu anberaumten Hauptverhandlung ausbleibe, oder wenn auf Grund einer in seiner Anwesenheit durchgeführten Hauptverhandlung ein Urt. gefällt, dieses vom RevG. aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das BG. zurückverwiesen worden sei; bleibe in Fällen solcher Art der Angekl. ohne genügende Entschuldigung aus, so sei gem. § 332 StPO. nach der Vorschrift des § 230 Abs. 2 StPO. zu verfahren, also die Vorführung anzuordnen oder Haftbefehl zu erlassen.

Diese Ausführungen sind nicht überzeugend. Die Auslegung, daß unter dem „Beginn der Hauptverhandlung" i. S. des § 329 StPO. nur der Beginn der ersten Hauptverhandlung der BerInst., der Beginn des **Verfahrens** vor dem BG. und nicht auch der Beginn einer etwaigen weiteren Hauptverhandlung vor dem BG. zu verstehen sei, erscheint gezwungen und weder durch den gemeinen Sprachgebrauch noch durch den Sprachgebrauch der StPO. gerechtfertigt. Wenn die Vorschrift des § 329 StPO. sich nur auf den Beginn des Verfahrens vor dem BG., auf den Beginn der ersten Hauptverhandlung vor dem BG. beziehen sollte, dann hätte das Gesetz sich anders ausdrücken können und müssen. Jene Auslegung wird auch nicht durch die Erwägung gerechtfertigt, daß die Vorschrift des § 329 StPO. auf der Fiktion beruhe, daß der Berufungsführer, der ohne genügende Entschuldigung der Berufungsverhandlung fernbleibe, auf sein Rechtsmittel verzichten wolle. Es ist nirgends im Gesetz zum Ausdruck gekommen, daß die Vorschrift auf jener Fiktion beruhe. Wollte man aber auch als richtig hinnehmen, daß die Vorschrift auf jener Fiktion beruhe, dann könnte dies doch noch keinen Grund für die Annahme abgeben, daß die Vorschrift sich nur auf den ersten Hauptverhandlungstermin des Berufungsverfahrens beziehe. Es ist nicht einzusehen, weswegen die Fiktion des Verzichtswillens nur beim unentschuldigten Ausbleiben des Angekl. im ersten Hauptverhandungsltermin, nicht aber auch beim unentschuldigten Ausbleiben in einem späteren Hauptverhandlungstermin sollte Platz greifen dürfen. Die Annahme, daß der Angekl. auf seine Berufung verzichten wolle, liegt beim unentschuldigten Ausbleiben im ersten Hauptverhandlungstermin nicht näher als beim unentschuldigten Ausbleiben in einem späteren Hauptverhandlungstermin. Der Fall ist durchaus nicht selten, daß ein Angekl. sich durch den Verlauf einer nicht voll durchgeführten Hauptverhandlung vor dem BG. oder durch die Begründung des ein schon ergangenes BU. aufhebenden RevUrt. von der Aussichtslosigkeit seiner Berufung überzeugt hat und daher auf die Durchführung einer Hauptverhandlung vor dem BG. keinen Wert mehr legt und deswegen dem neuen Hauptverhandlungstermin fernbleibt. Andererseits ist es durchaus denkbar, daß ein Angekl. im ersten Hauptverhandlungstermin vor dem BG. ausbleibt, trotzdem nicht daran zu zweifeln ist, daß seine Berufung Erfolg haben müßte, der Angekl. sich dessen auch bewußt ist und er daher vernünftigerweise auf sein Rechtsmittel nicht verzichten will. Mit der Begründung, daß die Vorschrift des § 329 StPO. auf der Fiktion des Verzichtswillens des Angekl. beruhe, läßt sich dann jedenfalls nicht rechtfertigen, daß im zweiten Fall die Vorschrift des § 329 StPO. Anwendung finden muß, im ersten Fall sie aber nicht soll Anwendung finden dürfen. Ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung des unentschuldigten Ausbleibens des Angekl. in einem zweiten Berufungshauptverhandlungstermin von dem unentschuldigten Ausbleiben im ersten Termin ist nicht ersichtlich. Es ist auch nicht einzusehen, daß ein Angekl., wenn ein erster Termin vor dem BG. nicht zur Beendigung des Verfahrens geführt hat, es in der Hand haben soll, durch Ausbleiben in dem späteren Termin das Verfahren hinzuzögern. Wenn vom RG. gesagt wird, daß beim unentschuldigten Ausbleiben des Angekl. in einem späteren Termin gem. § 332 StPO. nach der Vorschrift des § 230 Abs. 2 StPO. zu verfahren, also die Vorführung anzuordnen oder Haftbefehl zu erlassen sei, so kann dem entgegengehalten werden, daß die Vorschrift des § 230 Abs. 2 StPO. in erster Linie für das Verfahren in erster Instanz gilt und nur gem. § 332 StPO. auch für das Berufungsverfahren Anwendung findet, daß aber die Vorschrift des § 329 StPO. speziell für das Berufungsverfahren erlassen ist und daher als Spezialbestimmung vorgeht. Übrigens würde die Anwendung des § 230 Abs. 2 StPO. den Angekl. häufig härter treffen als die Verwerfung seiner Berufung auf Grund des § 329 StPO.

Nach alledem steht weder Wortlaut noch Sinn oder Zweck des Gesetzes noch ein anderer Grund der Anwendbarkeit der Vorschrift des § 329 StPO. auf den Fall des unentschuldigten Ausbleibens des in einem ersten Termin vor dem BG. erschienenen Angekl. in einem späteren Berufungsverhandlungstermin entgegen. Daß die StrK. den Begriff des unentschuldigten Ausbleibens verkannt habe, ist von der Rev. nicht behauptet worden, übrigens auch nicht ersichtlich. Das angefochtene Urt. erscheint demnach rechtsbedenkenfrei. Die Rev. war daher als unbegründet zurückzuweisen.

(OLG. Hamm, StrSen., Urt. v. 14. Jan. 1931, 2 S 503/30.)

Mitgeteilt von OLGR. **Schauer**, Hamm.

*

Königsberg.

37. §§ 185, 186, 192 StGB. **Bei Gelingen des Wahrheitsbeweises rechtfertigt die Feststellung der alleinigen Absicht der Rachsucht nicht die Bestrafung.**

Zur Rechtfertigung der Verurteilung des Angekl. aus § 185 StGB. genügt nicht die Feststellung, daß er durch die Behauptung der im wesentlichen wahren Tatsache sich lediglich an dem Privatkl. rächen wollte; eine solche Feststellung wäre nur geeignet, die Anwendung des § 193 auszuschließen. Die §§ 192, 193 haben zwar das Gemeinsame, daß durch sie die bewußte Überschreitung des Rechts, die Wahrheit zu sagen, bzw. berechtigte Interessen wahrzunehmen, unter Strafe gestellt ist, sofern die Absicht dieser Überschreitung in der Form und den Umständen einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Während aber bei § 193 die Äußerung zum Zwecke der Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht sein muß und deshalb § 193 ausscheidet, wenn **lediglich** die Absicht der Beleidigung vorhanden ist, hängt bei § 192 die Strafbarkeit allein davon ab, daß die Absicht

---

Alternative. Begründung: a) Die Feststellungen der ersten Verhandlung sind aufrechterhalten, soweit sie nicht aufgehoben sind, b) die Beweisaufnahme braucht nicht wiederholt zu werden, c) das neue Urt. ist auf Grundlage des früheren aufgebaut. Er stützt sich dabei auf die RGUrt. Entsch. 21/288 und 36/195 (vgl. auch **Löwe**, § 345, N. 6a und b), wonach die neue Verhandlung lediglich eine **Fortsetzung** der früheren ist, weil die Geschworenen nicht mehr zusammenzutreten brauchen, wenn ein SchwGUrt. lediglich im Strafmaß aufgehoben ist. **Fürst** gelangt zu dem Ergebnis, daß die zweite Verhandlung vor der StrK. keine neue Verhandlung ist, **wenn sie auch in dem äußeren Gewande einer solchen auftritt.**

Das angegriffene RGUrt. ist im wesentlichen damit begründet, daß § 329 auf einer Fiktion des Verzichtswillens aufgebaut und als Ausnahmevorschrift eng auszulegen ist. Es sei vorweggenommen, daß die RGAnsicht von der Fiktion des Verzichtswillens richtig ist, und daß das OLG. zu Unrecht diese Annahme bekämpft. Es ist aber damit nichts gewonnen, denn die selbstverständlich enge Auslegung der Ausnahmevorschrift berechtigt nicht, das Gesetz restriktiv auszulegen. Das tut aber das RG. § 329 spricht von einem „Beginn der Hauptverhandlung", nicht von einem „Beginn des Berufungsverfahrens". Hierin ist dem OLG. unbedingt beizupflichten. Soweit das OLG. aber Konsequenzen, wie Vertagung und evtl. Vorführung zur Auslegung heranzieht, ist dies abwegig.

Wichtiger scheint mir zur Entsch. die Beantwortung der Vorfrage, ob eine zweite Verhandlung vor dem BG. eine neue Verhandlung oder eine Fortsetzung der früheren ist, und hier gehe ich auf die früheren Urt. und **Fürst** zurück. M. E. ist nicht genügend unterschieden zwischen der Verhandlung in formeller Hinsicht und ihrer materiellen Bedeutung. Hier ist aber eine rein formelle Frage zu beantworten. In materieller Hinsicht mag eine zweite Verhandlung eine Fortsetzung der früheren sein und alles, was dazu gesagt ist, hat in dieser Hinsicht seine Berechtigung. In derselben Hinsicht baut aber auch z. B. die Verhandlung vor dem RevG. auf die Verhandlung vor dem BG. auf. Die Frage ist m. E. nach nur aus §§ 229, 332 StPO. zu beantworten. Von Fortsetzung kann nur bei der binnen vier Tagen erfolgten weiteren Hauptverhandlung gesprochen werden. Im übrigen handelt es sich um eine **Erneuerung** der Hauptverhandlung, d. h. um die Vornahme einer völlig neuen Hauptverhandlung, welche ganz in der Art stattzufinden hat, wie wenn irgendwelche Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht noch nicht vorausgegangen wären (**Löwe-Rosenberg** N. 1 zu § 229). Das sagt auch **Fürst**, wenn er davon spricht, daß die neue Verhandlung zwar keine neue ist, aber in dem äußeren Gewande einer solchen auftritt. Jede neue Hauptverhandlung hat aber einen neuen Beginn.

Es ist daher der Ansicht des OLG. beizutreten. Bedauerlich ist, daß nunmehr, insolange das RG. keine Gelegenheit zu erneuter Stellungnahme hat, eine Rechtsunsicherheit infolge Ungleichheit der Auslegung entsteht, die einem Angekl. verhängnisvoll werden kann.

AGDir. Dr. **Kley**, Mannheim.

der Beleidigung aus der Form oder den Umständen hervorgeht (RGRKomm. Anm. zu 2 zu § 192 StGB., wo auf Anm. 14 bei § 193 nicht Bezug genommen ist.

(OLG. Königsberg, Urt. v. 4. Mai 1931, S 27/31.)

Mitgeteilt von OLGR. Sieloff, Königsberg.

B. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Arlt und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 12, 15 EinkStG. **Zur Frage, ob und inwieweit Tilgungsraten, die an Stelle einer Erbschaftssteuer getreten sind, abzugsfähig sind.** †)

Der BeschwF. hat eine Erbschaftssteuer von 600 000 RM zu zahlen Das FinA. hat ihm gem. § 41 ErbschStG. 1922 gestattet, diese Steuer in Form einer Tilgungsrente innerhalb 17 Jahren mit jährlich 50 685 RM abzutragen. Die erste Rate war am 1. Jan. 1927 fällig. In seiner Steuererklärung 1926/27 brachte er von seinem Einkommen 30 000 RM Zinsen in Abzug, die nach seiner Meinung in der ersten Rate der Tilgungsrente enthalten seien. Das FinGer. vertrat den Standpunkt, daß die Tilgungsrente als Erbschaftssteuer nicht abzugsfähig sei.

Zur Entsch. steht die Frage, ob die Tilgungsrente des ErbschStG. als Steuer oder teilweise als Verzinsung der Steuerschuld angesehen werden kann und insoweit bei der Einkommensteuer abzugsfähig ist.

Wenn das erbschaftssteuerliche Vermögen ganz oder teilweise aus Liegenschaften besteht, so wird es dem Erben schwer, wenn nicht oft unmöglich sein, die Steuer ohne Angriff der Substanz zu bezahlen. Hier gibt nun § 41 ErbschStG. 1922 ihm das Recht, zum Zwecke der Befriedigung des Reiches wegen der auf die Grundstücke fallenden Steuer während eines Zeitraumes von höchstens 20 Jahren einen jährlich gleichen Geldbetrag (Tilgungsrente) zu entrichten und hierfür an den Grundstücken eine Grundschuld zu bestellen. Der Wortlaut des Gesetzes, wonach die Tilgungsrente wegen der auf die Grundstücke fallenden Steuer zu entrichten ist, könnte für die Auffassung des BG. sprechen. Im § 50 der AusfBest. z. ErbschStG. 1922 hat der RFM. jedoch bestimmt, daß die Tilgungsrente so zu bemessen ist, daß die Steuerschuld bei einer Verzinsung von 5% in dem vereinbarten Zeitraum getilgt wird. Als Kapital der Grundschuld ist der Steuerbetrag nebst Zinsen mit 5% einzutragen mit der Be-

---

Zu 1. 1. Bei der Besprechung des Urt. JW. 1929, 1415 wies ich bereits darauf hin: § 15 EinkStG. schreibe doch — wenigstens für den unbefangenen Leser — recht unzweideutig vor, daß Schuldzinsen mit einer offensichtlich im engen Rahmen gedachten Ausnahme schlechtweg abzuziehen sind. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt unser Urt. ein, sofern die Zinsen nicht gerade wirtschaftlich mit Einkünften zusammenhängen, die für die EinkStG. außer Betracht bleiben. Immerhin konnte man zweifeln, ob Zinsen gerade auf Steuerschulden zu kürzen seien. Denn nach § 18 gehören Personalsteuern nicht zu den absetzbaren Ausgaben. Erst recht schien dies Bedenken angezeigt, ob sich die Abzugsmöglichkeit auch auf die Erbschaftssteuer bezieht. Die Einkommensteuer ist wirtschaftlich mit dem Betriebe eng verbunden; sie ist ein an den Staat abzuliefernder Einkommensteil. Ohne die positive Vorschrift des § 18 würde man sie wohl genau so wie die Gewerbesteuer, also als Werbungskosten zu behandeln haben. Aber dieser Konnex fehlt völlig bei der Erbschaftssteuer. Sie hat mit dem Betriebe nicht das mindeste zu tun und gehört ganz der Privatsphäre an. Unser Urt. stellt indes klar, daß selbst in diesen Fällen der Abzug gestattet ist. Wie weit diese Möglichkeit geht, sieht man aus der Besprechung von Becker: StW. 29, 976 ff. Er macht darauf aufmerksam: Wer verzinsliche Darlehen aufnimmt, um eine Geldstrafe zu zahlen oder Schadensersatz zu leisten oder um seine Lebensweise zu steigern, Auslandsreisen zu machen oder Hausrat anzuschaffen, Spielschulden zu decken usw., kann ohne Zweifel die Zinsen abziehen. Auf den ersten Blick befremdet das, und man kann sehr wohl verstehen, daß in unserem Falle die untere Instanz anderer Meinung war. Gerade der Hinweis auf Geldstrafen ist sehr instruktiv. Die Geldstrafe selbst ist ja im allgemeinen nicht abziehbar; sie stellt keine Werbungskosten dar. Der tiefere Grund liegt darin, daß das Gesetz das Verbot des Abzuges in eine Verbindung mit den Einnahmen gebracht hat, anstatt auch solche Zinsen als nicht absetzbar zu erklären, die betriebsfremd sind, also davon abgesehen hat, als maßgebendes Moment mehr den Charakter und die Entstehung der Zinsschuld selbst in den Vordergrund zu stellen. Becker (a. a. O. S. 977) nennt das eine gewisse Unstimmigkeit, die steuertechnisch nicht zu überwinden sein werde.

2. Da die Entsch. lediglich davon abhing, ob die Zinsen mit 30 000 RM abzugsfähig waren oder nicht, brauchte das Urt. auf andere, mit dem Erwerbe des Betriebes gerade durch Erbschaft zusammenhängende Fragen nicht einzugehen. Diese Lücke wird in höchst erwünschter und ungemein belehrender Weise durch die Darlegungen von Becker a. a. O. ausgefüllt. Er stellt die Frage: Wie steht steuerrechtlich ein Erbe, der als Alleinerbe das Geschäft übernimmt? Nehmen wir z. B. an, die Geschäftsbilanz des X. laute:

Aktiva (Soll)		Passiva (Haben)	
Verschiedene Aktiven	500 000 RM	Kreditoren	400 000 RM
		Kapitalkonto	100 000 RM

X. stirbt: Nach dem Testamente ist sein Sohn A. Alleinerbe, hat aber seinen drei Geschwistern je 25 000 RM, also im ganzen 75 000 RM, auszuzahlen. Er leiht sie sich von der Y.bank. Wie ist zu buchen? Zunächst erscheint als neuer Kreditor die Y.bank und andererseits auf der Aktivseite eine Erhöhung des Bankkontos, beides in gleicher Höhe (Bankkonto an Kreditkonto Y.bank). Jetzt wird die Auszahlung der 75 000 RM bemerkt. Wie wirkt sich das in den Büchern aus? Das aktive Bankkonto verschwindet. Soll die Bilanz unverändert bleiben, so muß demnach entweder auf der Aktivaseite ein neuer Aktivposten von 75 000 RM erscheinen oder die Passivseite um diesen Betrag vermindert werden. Sonst ist die Balance nicht hergestellt. Buchtechnisch ausgedrückt: Für die Zahlung wird das aktive Bankkonto erkannt (Haben); wie lautet aber der Gegenposten? Denkbar wäre auf der Aktivseite ein Posten etwa „Erbenauszahlung oder Geschäftserwerbskonto 75 000 RM“. Man sieht aber auf den ersten Blick, daß das ein vollständig fingierter Posten wäre, dem jede reale Wertsunterlage fehlt. Man könnte ferner daran denken, die Auszahlung über Gewinn- und Verlustkonto zu nehmen. Das würde bedeuten, daß plötzlich die 75 000 RM als Verlust erscheinen, ein noch unannehmbareres Resultat, zum mindesten steuerlich. Ich habe die Frage, wie die Sache buchmäßig aufzuziehen sei, vier verschiedenen Buchsachverständigen (Praktikern) vorgelegt, und alle vier haben ohne weiteres als die übliche respektive einzig mögliche Buchung, die auch von mir als richtig erachtete, vorgeschlagen. Nämlich Kapital- an Bankkonto, so daß also die Bilanz wie folgt aussieht:

Aktiva Soll		Passiva Haben	
Diverse Aktiven	500 000 RM	Kreditoren	400 000 RM
		Bank Y	75 000 RM
		Kapitalkonto	25 000 RM

Das entspricht ja auch der materiellen Sachlage. A. hat als sein Vermögen lediglich 25 000 RM und nicht 100 000 RM im Geschäfte stecken.

3. Ganz anderer Meinung ist steuerlich Becker. Seine Gedankenkette ist die folgende:

a) A. begründet in seiner Person das Unternehmen nicht neu, führt es vielmehr an Stelle des bisherigen Inhabers fort.

b) Infolgedessen ist er nach § 20 Abs. 1 an die Buchansätze seines Vorgängers, seines Vaters X. gebunden, denn

c) das Wort „unentgeltlich“ in § 20 Abs. 1 sei gleich: „nicht durch Veräußerung, d. h. nicht durch Leistungsaustausch erworben.“

d) Damit ist aber nach Becker ausgeschlossen, bei letztwilligem Erwerb oder Schenkung die Auflagen und Kosten (Vermächtnisse, Unkosten, Steuern) als Teil eines Entgelts, d. h. als Aufwendungen zu behandeln, die das Betriebsvermögen berühren, denn

e) man dürfe nicht etwas als Geschäftsvorfall behandeln, was nur das Privatvermögen berühre.

4. Wenn ich Becker recht verstehe, würde er also die Buchungen, die sich auf die Vereinnahmung und Verausgabung der 75 000 RM beziehen, steuerlich als nicht vorhanden betrachten. Der Erfolg wäre der, daß das Kapitalkonto sich nicht auf 25 000 RM reduziert, sondern mit 100 000 RM bestehen bleibt. Dafür spricht das Gewicht, welches er (S. 980 Z. 11 f. von oben) darauf legt, daß A. an die Buchansätze des Vaters gebunden ist, also doch wohl auch an den Buchansatz des Kapitalkontos. Allerdings erwähnt er speziell nur unrichtige Unterbewertungen und allzugroße Abschreibungen des Vaters, also Ziffern, die sich auf der Aktivaseite auswirken, während das Kapitalkonto auf der anderen Seite steht. Becker betont aber nachdrücklich, die fiskalischen Belange dürften nicht geschmälert werden, wenn A. später die stillen Reserven auf dem Wege des § 30, also durch Veräußerung realisiert. Er sagt wörtlich (S. 982 oben): „Wenn der Erbe das Unternehmen, ohne es fortzuführen, sogleich veräußert, wäre es nur recht und billig, wenn er den gesamten über das Kapitalkonto des Erblassers hinaus erzielten Erlös nach § 30 versteuert. Soll das anders sein, wenn das Unternehmen nach einem halben Jahre oder nach ein oder zwei Jahren veräußert

stimmung, daß die Zahlung durch die während des vereinbarten Zeitraums zu entrichtende Tilgungsrente erfolgt. Hiermit ist also klargestellt, daß die Tilgungsrente zur Abdeckung der Steuerschuld und ihrer Verzinsung dient.

Diese Zinsen gehören jedenfalls zu den Ausgaben, die beim buchführenden Landwirt nach § 15 Ziff. 7 Abs. 2 Nr. 1 EinkStG. zur Gewinnermittlung von den Einnahmen abgesetzt werden müssen.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit, da anderenfalls dem BeschwF. aus einer ihm vom ErbschStG. zugestandenen Vergünstigung ein Nachteil entstehen würde. Die Gesetzesbestimmungen sollen den Erbschaftssteuerpflichtigen vor einer Verschleuderung der ererbten Grundstücke und vor unerschwinglichen Zinsen bewahren. Wenn ihm dies Recht nicht zustände, würde er bei Privaten Kredite zu hohen Zinsen nehmen müssen. Aber für diesen ungünstigen Fall, den das Gesetz vermeiden will, hätte der BeschwF. zweifellos das Recht, die für den privaten Kredit zu zahlenden Zinsen als Ausgaben gem. § 15 Abs. 1 Ziff. 3 vom Einkommen abzusetzen. Dies Recht muß ihm auch zustehen, wenn das Reich ihm pflichtgemäß

---

wird?" Der hier ausgesprochene Gedanke ist auch meiner Meinung nach richtig und die Verbindung, die Becker zwischen dem § 20 und § 30 herstellt, geboten. § 20 dient in der Tat dem Zwecke, den durch Geschäftsveräußerung realisierten Gewinn zu erfassen, indem er dem Erben den Ausweg verlegt, den Gewinn dadurch kleiner erscheinen zu lassen, daß er die Wertansätze der Aktiven künstlich erhöht. A. verkauft z. B. das Geschäft für 200 000 *RM* und reduziert den Gewinn auf Null, indem er die diversen Aktiven statt mit 500 000 *RM* mit 600 000 *RM* einsetzt. Das will Becker mit Recht nicht zulassen. Er rechnet so: Der Käufer zahlt 200 000 *RM*, also 100 000 *RM* mehr als das Kapitalkonto, also Gewinn 100 000 *RM*.

5. Wie steht nun die Sache bei der oben Nr. 2 angegebenen Bilanz? Bei bloß 400 000 *RM* Kreditoren zahlt der Käufer 200 000 *RM*. Da aber in der Endbilanz ein weiterer Kreditor erscheint, nämlich die Bank Y., den der Käufer mit übernimmt, so kürzt er selbstverständlich seine 200 000 *RM* um diese Last, zahlt also nur 125 000 *RM*. Davon entfallen auf das Kapitalkonto 25 000 *RM*, und es erscheinen ebenfalls 100 000 *RM* als steuerpflichtiger Realisationsgewinn nach § 30. Vorderhand vermag ich also nicht zu entdecken, inwiefern berechtigte fiskalische Interessen aus § 30 gefährdet werden, wenn man die oben geschilderte übliche Buchungsmethode befolgt, also das Kapitalkonto durch Herabsetzung auf 25 000 *RM* verändert.

6. Der Kaufmann wird gegen Becker insbes. geltend machen, daß die Schuldaufnahme, die dadurch bewirkte Vermehrung des Bankkontos und bei Auszahlung seine Verminderung durch die Bücher laufen müssen, weil sie sonst falsch wären. Das ist indes kaum ein durchschlagender Grund, wenn Becker recht hat, daß die ganze Transaktion steuerlich den Betrieb nicht berührt. Auch die Zahlung einer Personalsteuer wird und muß in den Büchern erscheinen. Und doch wird sie bei der Einkommensteuer im Gegensatze zur Vermögenssteuer nicht als einkommenmindernd berücksichtigt. Wenn in Fällen der hier besprochenen Art (Abfindung der Geschwister) ein zwingendes Gebot des Steuerrechts vorliegt, so muß eben die Buchführung sich dem fügen. Sie kann das formell auch, indem sie als Aktivposten von 75 000 *RM* einen Ansatz in die Bilanz aufnimmt, der, um seinen rein fiktiven Charakter klar hervortreten zu lassen, etwa die Bezeichnung trägt: „Steuerlicher Berichtigungsposten".

7. Was gegen Becker spricht hat er, wie bei ihm nicht anders zu erwarten war, selbst eindringlich hervorgehoben. Er weist (S. 980 unten) darauf hin, daß vom Standpunkte des A. die Behandlung der Auflagen und Kosten als Aufwendungen, die das Betriebsvermögen berühren, verständlich sei. „Der Sohn, der das Geschäft übernimmt, könnte der Ansicht sein: Ich stehe nicht so da, wie mein Vater; ich muß, wenn ich richtig rechne, die Vermächtnisse und Steuern als Aufwendungen behandeln; insbes., wenn ich das Geschäft im ganzen veräußern, habe ich erst einen Gewinn, wenn die Summe aller Aufwendungen dem Kapitalkonto hinzugerechnet wird." Man kann das kaum treffender ausdrücken. Und doch bezeichnet Becker dies als einen Irrweg. Allein wenn es, wie oben Nr. 5 auszuführen versucht wurde, richtig sein sollte, daß der Realisationsgewinn auch bei der üblichen Buchungsmethode 100 000 *RM* bleibt, der Forderung von Becker also auch von ihr entsprochen wird, so bleibt erst recht unklar, wo eigentlich materiell der Differenzpunkt steckt. Es wäre möglich, daß Becker bei A. an eine Person gedacht hat, die zur Auszahlung der 75 000 *RM* nicht Bankkredit zu beanspruchen braucht, vielmehr aus seinem Privatvermögen die Summe deckt. Wie wäre dieser Tatbestand buchhalterisch zu behandeln? Meiner Ansicht nach genau so wie oben angegeben, nur daß als Kreditor anstatt der Y.bank der Geschäftsinhaber selbst mit 75 000 *RM* auftritt. Steuerlich ist — glaube ich — dagegen nichts zu erinnern, denn gerade das Einkommensteuerrecht unterscheidet ganz scharf zwischen dem Geschäfts- und dem Privatvermögen. Gehen z. B. Effekten in den Privatbesitz über, so wird der Geschäftsinhaber mit dem Kurswerte belastet, obgleich er ziviljuristisch weder sein eigener Schuldner noch sein eigener Gläubiger sein kann. Nimmt man aber an dieser Doppelrolle Anstoß, so kann man die 75 000 *RM* auch einfach dem Kapitalkonto hinzufügen. Aber gleichgültig wie man die Buchung rubriziert, so ergibt sich doch immer, daß zunächst das Kapitalkonto sich auf 25 000 *RM* verringert und durch die 75 000 *RM* lediglich aufgefüllt, aber nicht in einer dem § 20 widersprechender Weise willkürlich erhöht wird.

8. Grundsätzlich scheint allerdings Becker anderer Ansicht zu sein. Bd. II S. 1207 führt er nämlich aus: Ein unentgeltlicher Erwerb liege auch dann vor, wenn der Vater dem ältesten Sohne sein Geschäft überläßt und ihn verpflichtet, seinen Geschwistern gewisse Summen auszubezahlen, und zwar im allgemeinen auch dann, wenn die Abfindungen nach einem billigen angemessenen Übernahmewert nach Verhältnis der gesetzlichen Erbteile bemessen werden. „Was der Erwerber zu tragen hat, gehe nur sein Privat-, nicht sein Betriebsvermögen an". — Aber schon auf der folgenden Seite bespricht er den Fall, daß einer der Erben den allen fünf Erben zugefallenen Betrieb unter Abfindung allein übernimmt. Dann erwirbt er nach Becker den Betrieb unentgeltlich nur zu $^1/_5$. Es käme also auf den Wortlaut des Testamentes an. Richtig ist, daß zivilrechtlich beide Fälle scharf unterschieden werden müssen. Im ersten Falle (A. ist Alleinerbe, aber abfindungsverpflichtet) ist z. B. keine Auflassung notwendig. Ebenso gewiß scheint mir aber, daß wirtschaftlich beide Fälle vollkommen identisch sein können. In letzter Instanz würde also, wenn ich Becker richtig lese, der Wortlaut, also ein reines Formale entscheiden und zwei wirtschaftlich äquivalente Tatbestände ganz verschieden behandelt werden müssen. Das will nicht einleuchten. Die Säuberung des Steuerrechts von rein formalen zivilrechtlichen Anschauungen kann gar nicht radikal genug durchgeführt werden. Vielleicht geht es in unserer Frage ähnlich wie beim Tausch. Zuerst waren die Behörden geneigt, in jedem Tausche die steuerpflichtige Realisation eines Gewinnes zu sehen. Gegen diese mehr formale Behandlung habe ich schon frühzeitig Bedenken erhoben. Ein Tausch kann, muß aber nicht immer diese Wirkung haben, z. B. nicht bei Verschmelzungen (Fusionen) (JW. 1929, 2078). Der RFH. (RStBl. 30, 363) hat denn auch ganz i. S. meiner Ausführungen den formalen Gesichtspunkt in den Hintergrund gestellt und untersucht mit Recht, ob wirtschaftlich der Tausch eine bereits gelungene Realisation oder nur eine Vorbereitung zu einer solchen darstellt. Ich könnte mir ganz gut denken, daß der RFH. einen Erben, der mit Abfindungen belastet ist, ganz verschieden von einem Erben behandelt, dem bloß Wohltätigkeitsvermächtnisse auferlegt sind, die mit dem Betriebe wirtschaftlich nichts zu tun haben.

9. Vielleicht richtet sich die Polemik von Becker gegen einen Pflichtigen, der wie folgt zu rechnen versucht: „Ich habe aus eigenen Mitteln 75 000 *RM* aufgewendet; infolgedessen erhöht sich mein mit 100 000 *RM* übernommenes Kapitalkonto um diese Summe, beträgt also 175 000 *RM*." Ein solcher Standpunkt kann nicht gutgeheißen werden. Die kaufmännische Buchführung weist auch sofort den Denkfehler auf, den jener Pflichtige gemacht hat. Er hat vollständig übersehen, daß sein Kapitalkonto von Anfang an lediglich 25 000 *RM* betrug. Die einfachste und klarste Form der Buchung ist nämlich die folgende. A. belastet sein Kapitalkonto mit der Zahlungsverpflichtung (Kapitalkonto an Geschwisterkonto). Dann erscheint sein Kapitalkonto ganz der materiellen Sachlage entsprechend nur mit 25 000 *RM* und als Kreditoren treten die Geschwister auf, die später durch die Bank oder das Privatkonto abgelöst werden.

10. Wie wichtig es ist, sich alle diese Vorgänge klar zu machen, ergibt ein weiteres Beispiel von Becker bei einer früheren Besprechung (StW. 1929, 932). Der verstorbene Vater hatte ein Kapitalkonto von 200 000 *RM*, das aber die Erben auf das doppelte schätzten. Infolgedessen zahlt der das Geschäft übernehmende Erbe A. jedem seiner drei Geschwister je 100 000 *RM*, im ganzen also 300 000 *RM* aus. Nach Becker ist A. nur zu ¼ Gesamtrechtsnachfolger geworden; zu ¾ hat er das Betriebsvermögen zu je 100 000 *RM* erworben. Sein Kapitalkonto beträgt, soweit er nicht Werte aus dem Geschäfte zur Abfindung entnimmt, 350 000 *RM*, und wenn er das Geschäft für 500 000 *RM* veräußert, stellt sich der Gewinn auf 150 000 *RM*. Stimmt das? Ich glaube: Ja. Gemessen an dem nachher gezahlten Kaufpreise von 500 000 *RM* hatte der Anteil des Sohnes A. einen Wert von 125 000 *RM*. Steuerlich stand er ihm aber nur mit 50 000 *RM* zu Buch, also Gewinn 75 000 *RM*. Außerdem hat er aber drei Anteile, die einen Wert von 375 000 *RM* darstellten, für 300 000 *RM* erworben und den Gewinn von 75 000 *RM* durch den Geschäftsverkauf realisiert. Im ganzen hat er also wirklich 150 000 *RM* gewonnen, selbstverständlich nur steuerlich. Hätte er von der Vergünstigung des § 20 Abs. 2 Gebrauch machen dürfen, so hätte der Gewinn nur 100 000 *RM* betragen.

Merkwürdigerweise ergibt die kaufmännische Buchführung ein anderes Resultat. Da die Auszahlung von 300 000 *RM* dem Kapitalkonto von bloß 200 000 *RM* belastet wird, so verschwindet es auf der Passivseite vollkommen. Im Gegenteil: es erscheint auf der Aktivseite noch ein fiktiver Verlustposten von 100 000 *RM*. Die

Kredit einräumt, um ihn vor größerem Schaden zu bewahren und dafür Zinsen berechnet.

Bei dieser Sachlage kann unerörtert bleiben, ob die Tilgungsrente in voller Höhe des Jahresbetrages nach § 15 Abs. 1 Nr. 3 ErbschStG. abzugsfähig ist. Da schon nach Abzug der 30 000 RM, die als Zinsen in der Tilgungsrente enthalten sind, ein steuerbares Einkommen nicht verbleibt, waren die Vorentscheidungen aufzuheben und der BeschwF. von der Steuer freizustellen.

(RFH., Urt. v. 25. Sept. 1929, VI A 1336/28.)

Bilanz sieht, wenn sich der Inhaber A. das Auszahlungsgeld bei der Bank X. beschafft hat, so aus:

Diverse Aktiven	200 000 RM	Bankschuld	300 000 RM
Kapitalkonto	100 000 RM		

Von den 500 000 RM werden 300 000 RM zur Tilgung der Bankschuld benutzt. Es erscheinen also sogar 200 000 RM, nicht bloß 150 000 RM als Gewinn! Die Sachlage verändert sich nicht, wenn der Inhaber aus seinem Privatvermögen die Auszahlung der 300 000 RM bewirkt und sie, anstatt als Kreditor aufzutreten, über Kapitalkonto verbucht. Die Bilanz lautet dann:

Diverse Aktiven	200 000 RM	Kapitalkonto	300 000 RM
Kapitalkonto	100 000 RM		

Also wieder ein Gewinn von 200 000 RM. Woher kommt das? Stimmt die Logik oder die Buchhaltung nicht? Die Auflösung des Rätsels ist die. Von den 200 000 RM haben 50 000 RM bereits der Erbschaftssteuer unterlegen, sind also nach § 6 Abs. 3 EinkStG. abzuziehen; die Einnahme als solche beträgt aber wirklich mehr, nämlich 200 000 RM. Es gibt noch eine andere Buchungsmethode, auf die ich von einem Buchhalter aufmerksam gemacht bin. Ich habe sie dann auch bereits bei Becker (S. 991) entdeckt. A. setzt von vornherein sein Kapitalkonto mit dem materiellen Werte von 400 000 RM ein, muß dann aber zum Ausgleich auf der Aktivseite einen Posten, etwa „Mehrwertsposten" genannt, bilden, und zwar in Höhe von 200 000 RM, also

Diverse Aktiven	200 000 RM	Kapitalkonto	400 000 RM
Mehrwert	200 000 RM		

Nach Auszahlung an die Geschwister, die dem Kapitalkonto belastet wird, erscheint dies bloß mit 100 000 RM. An seine Stelle tritt insoweit, ebenfalls auf der Passivseite, das Bank- oder Privatkonto. Von den vereinnahmten 500 000 RM werden 300 000 RM auf den letzteren Posten verrechnet. Wiederum erscheinen als Einnahme 200 000 RM, von denen 50 000 RM bereits Erbschaftssteuer bezahlt haben.

11. Bisher sind nur die durch Geschwistervermächtnisse angeordneten Abfindungen besprochen sowie die Zinsen auf die Steuer, nicht aber die Steuer selbst. Wie steht es mit dieser? Ist, um bei dem Tatbestande des Urt. zu bleiben, der Pflichtige berechtigt, auch die 20 685 RM abzuziehen, die die Steuer selbst darstellen? Das Urt. nimmt dazu keine Stellung, braucht es auch nicht. Auf den ersten Blick scheint es eigentlich selbstverständlich, daß normaler Weise die Erbschaftssteuer mit dem Gewerbe oder sonstigem Einkommen nichts zu tun hat. Zweifel sind aber doch möglich. Strutz, § 18 Anm. 24 sagt: Von den derzeitigen Reichssteuern sind Personalsteuern nur die Einkommen- und Vermögenssteuer, führt also die Erbschaftssteuer nicht auf. Dagegen sagt er bei § 16 Anm. 96: Die Erbschaftssteuer kann ausnahmsweise zu den Werbungskosten gehören, so wenn die Erbschaft in einer dem Betriebe zufließenden Rente besteht und die Steuer nach § 33 ErbschStG. statt vom Kapitalwerte der Rente von dem Jahreswerte erhoben wird. In der Tat gehört sie zu denjenigen Steuern, bei denen bestimmt für den Eintritt und Umfang der Steuerpflicht individuelle, in der Person des Pflichtigen zusammengefaßte Verhältnisse sind. Das spricht für die Nichtabzugsfähigkeit. Fraglich kann aber sein, ob es sich gerade in unserem Falle um eine Rente oder dauernde Last i. S. des § 15 EinkStG. handelt. Nach Becker (S. 978) scheint die Behandlung der Tilgungs- (Amortisations-) Hypothek in § 37 Abs. 1 Nr. 5 dagegen zu sprechen. Im Prinzip hat Becker sicherlich recht. Es berührt eigentümlich, wenn auf der einen Seite das Gesetz den Abzug der Erbschaftssteuer verbietet, aber andererseits ihn zulassen wollte, wenn die Steuer sich in eine dauernde Last verwandelt. Aber dieselbe Unstimmigkeit hat man auch bei den Zinsen, und bei ihnen läßt sich sowohl unser Urt. wie Becker von dem Wortlaute des § 15 leiten. Darüber kann ich vorläufig nicht hinwegkommen. Ich würde es sogar begreiflicher gefunden haben, wenn die Abzugsfähigkeit der Zinsen verneint wäre, weil sie nichts anderes sind als ein Ausfluß der nichtabziehbaren Steuerschuld selbst. Nachdem aber das Gegenteil, die Abzugsfähigkeit, angenommen ist, scheint es eigentlich nur konsequent zu sein, auch bei den dauernden Lasten von ihrem Ursprunge abzusehen. Bereits oben Nr. 1 ist darauf aufmerksam gemacht, daß § 15 — vielleicht unrichtiger Weise — gerade dies Ursprungsmoment nicht berücksichtigt. Man ist also meiner Ansicht nach infolgedessen nicht ohne weiteres berechtigt, jetzt plötzlich einen Unterschied in der Behandlung von Zinsen einerseits und dauernden Lasten andererseits in das Gesetz hineinzutragen, zu dem der Wortlaut keine Veranlassung gibt. Er weist vielmehr eigentlich recht unzweideutig darauf hin, daß beide Gruppen auf gleichem Fuße stehen. § 49 Abs. 3b EinkStG. spricht ebenfalls von Schuldzinsen, Renten und dauernden Lasten i. S. des § 15. Die Erbschaftstilgungsrente gehört i. S. dieses Paragraphen sicherlich nicht zum Verbrauch. Wir hätten also trotz des gleichen Wortlautes einen durch ihn nicht gerechtfertigten weiteren Unterschied. StW. 1929, Nr. 230, RStBl. 1929, 448 läßt sogar den Abzug für rückständige Zinsen der Vorjahre zu (dagegen Strutz, § 15 Anm. 10). Der RFH. geht also zugunsten der Abzugsfähigkeit sehr weit. Becker weist auf § 37 hin (Amortisationshypothek), dort wird die Frage geregelt, wie weit der Begriff der Zinsen bei der Vereinnahmung zu erstrecken ist. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß derselbe Begriff auch für die Ausgabe gilt. Im Gegenteil; Becker macht (Bd. I, 448 oben) bei einer Lebensrente darauf aufmerksam, steuerlich bleibe die allmähliche Erschöpfung der Last außer Betracht. Der Schuldner darf also den ganzen Betrag abziehen, trotzdem ein Teil gewissermaßen eine Kapitalbildung darstellt. Der ganze Fragenkomplex ist also noch keineswegs auf eine einfache und sichere Grundlage gestellt.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt.]

O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt.]

1. Ist Voraussetzung für die Wirksamkeit einer gesetzlichen Vorschrift der Nachweis mangelnden Verschuldens, so genügt der Nachweis schuldloser Unkenntnis des Gesetzes nicht.

(RVersA., 3. RevSen. [KnappschSen.], Urt. v. 9. Mai 1930, IIIa Kn 999/29[3].) [K.]

II. Länder

Thüringen.

Thüringischer Dienststrafhof für Richter.

1. § 70 ThürStBG. Der Dienststrafrichter ist an die Feststellungen des Strafrichters gebunden. Die Frage, ob ein Beamter durch seine Verfehlung das Vertrauen und die Achtung, die die amtliche Wirksamkeit erfordert, völlig verloren hat und deshalb des Dienstes zu entsetzen ist, ist nicht vom Standpunkt einer einzelnen Beamtenklasse aus zu beurteilen, sondern nach den Anforderungen, die im allgemeinen an Beamte gestellt werden. †)

Die Frage, ob der Dienststrafrichter an die Feststellungen des Strafrichters gebunden ist, ist sehr umstritten.

Der RDiszH. vertritt seit 1874 in ständiger Rspr. die Ansicht,

---

Zu 1. Das Urteil befaßt sich in erster Linie mit der vielerörterten Streitfrage, ob der Dienststrafrichter an die Feststellungen des Strafrichters, der zur Verurteilung des Beamten gekommen ist, gebunden ist. Die Fassung der einschlägigen Vorschrift im ThürStBG. deckt sich mit der des RBG. und der preuß. DiszG. Sie ist unklar und mehrdeutig und kann sowohl i. S. der Bindung als der Nichtbindung ausgelegt werden. Der RDiszH., der Ehrengerichtshof für RA. und das PrOVG. sind in ständiger Rspr. für die Bindung eingetreten, während das preuß. Staatsministerium, der PrDiszH. für nichtr. B. und der Große Disziplinarsenat des KG. in ebenfalls ständiger Rspr. den Disziplinarrichter an die Entscheidungen des Strafrichters für nicht gebunden halten. Auch das Schrifttum, das sich überaus häufig mit der Streitfrage befaßt hat, ist teils für, teils gegen die Bindung. Die Gründe für und wider sind so häufig erörtert worden, daß es sich erübrigt, auf sie näher einzugehen. Die Streitfrage ist von der größten praktischen Bedeutung, da in zahlreichen Fällen dem Disziplinarverfahren ein Strafverfahren vorangeht, das zur Verurteilung des Beamten führt. Ich selbst bin stets für Nichtbindung eingetreten. Denn grundsätzlich ist der Disziplinarrichter in der Beurteilung der Sachlage frei, und grundsätzlich ist das Disziplinarverfahren nicht etwa ein bloßes Anhängsel des Strafverfahrens, sondern ein durchaus selbständiges Verfahren. Die

daß der Dienststrafrichter an die Feststellungen des Strafrichters über die Tat- und Schuldfrage gebunden sei (vgl. Schulze-Simons, Die Rspr. des RDiszH. S. 346 ff.). Dieser Ansicht ist auch das PrOVG. als Disziplinarsenat für Kommunalbeamte: JW. 1927, 1286.

Eine Zusammenstellung der entgegengesetzten Meinungen gibt Brand, Das Beamtenrecht, 3. Aufl., 1929, S. 722; Die Reichsbeamtengesetze, 3. Aufl., 1929, S. 348 ff.

Ebenso verneint die RDiszK. Schleswig mit eingehender Begründung die Bindung des Dienststrafrichters an die Feststellungen des Strafrichters: JW. 1925, 1052.

Die Ansicht des thür. Dienststrafhofs für nichtrichterliche Beamte, der sich das Urteil der Dienststrafkammer anschließt, ist: Die Feststellungen rechtskräftiger Strafurteile binden die Dienststrafgerichte, sofern sich keine neuen Tatsachen ergeben, aus denen man schließen kann, daß diese Feststellungen anfechtbar oder gar unhaltbar sind. Die Entsch. v. 21. Juni 1930, D 10/30, erklärt auch die rechtliche Beurteilung des Strafrichters für bindend (vgl. Wedel, Die Rspr. des thür. Dienststrafhofs: Ztschr. f. Beamtenrecht, 2, 268 ff.).

Der Dienststrafhof für Richter hält sich an die Feststellungen und rechtliche Beurteilung im rechtskräftigen Strafurteil gebunden. Für diese Ansicht sprechen überzeugend die vom RDiszH. in ständiger Rspr. angegebenen Gründe. Strafsachen und Dienststrafsachen werden in staatlich geregelten Verfahren erledigt, in denen dieselbe Staatsgewalt dieselben öffentlichen Belange verfolgt. Es geht nicht an, daß zwei selbständige Behörden im Amtsverfahren über denselben Tatbestand widersprechende Entscheidungen fällen. Die Zuverlässigkeit der Feststellungen des Strafrichters ist so gut als überhaupt möglich gewährleistet durch die Ausgestaltung des Strafverfahrens, vor allem durch die Nachprüfung der Tatsachen in der Berufung.

Nach § 70 Abs. 2 ThürStBG., der § 77 Abs. 2 RBG. entspricht, ist ein eingeleitetes Dienststrafverfahren auszusetzen, bis das Strafverfahren beendet ist. Das Strafverfahren findet also zeitlich früher statt. Die Zeugen sagen dort aus unter dem frischen Eindruck ihrer Wahrnehmungen. Wenn im Dienststrafverfahren nochmals die Tatfrage geprüft und die Beweisaufnahme wiederholt würde, so wäre dieser unmittelbare Eindruck der Zeugen abgeschwächt und häufig verwischt. Auch dieser Umstand spricht dagegen, die Tatfrage im Dienststrafverfahren wieder aufzurollen, und zeigt, daß das Dienststrafverfahren vom Ergebnis des Strafverfahrens abhängt.

Nach § 71 ThürStBG. bindet die Freisprechung im Strafverfahren in der Weise, daß wegen der Tatsachen, über die das Strafgericht geurteilt hat, nur noch insofern ein Dienststrafverfahren stattfindet, als sie an sich und ohne ihre Beziehungen zu dem gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung ein Dienstvergehen enthalten. Darüber, ob eine strafgerichtliche Verurteilung das Dienststrafgericht bindet, bestimmt das StBG. nichts.

Wichtig für die Erkenntnis der Absicht des Gesetzgebers ist aber § 71 Abs. 2 StBG.: Ist in dem strafgerichtlichen Verfahren eine Verurteilung ergangen, die den Verlust des Amtes nicht zur Folge gehabt hat, so bleibt dem Staatsministerium die Entscheidung darüber vorbehalten, ob das Dienststrafverfahren einzuleiten oder fortzusetzen ist. Diese Bestimmung läßt erkennen, daß der Gesetzgeber als Gegenstand des dem Strafverfahren nachfolgenden Dienststrafverfahrens nur die Verhängung einer Zusatzstrafe angesehen hat.

Alle diese Umstände zeigen den Zweckgedanken des thür. Dienststrafrechts und ergeben die Bindung des Dienststrafrichters an die Feststellungen des Strafrichters.

Ob dieser Grundsatz dahin einzuschränken ist, daß die Feststellungen des Strafrichters dann nicht binden, wenn neue Tatsachen hervorgetreten sind, aus denen man schließen kann, daß diese Feststellungen anfechtbar oder gar unhaltbar sind, ist hier nicht zu prüfen. Denn der Beschuldigte hat keine neuen Tatsachen dieser Art vorgebracht.

Die Frage, ob der Beschuldigte durch seine Verfehlungen das Vertrauen und die Achtung, die die amtliche Wirksamkeit erfordere, völlig verloren habe und deshalb nach § 78 Abs. 2 b StBG. des Dienstes zu entsetzen sei, hat die Dienststrafkammer bejaht. Sie hat dabei den Standpunkt der besonderen Pflicht- und Dienstauffassung der Richterschaft für maßgebend erklärt.

Der Dienststrafhof ist anderer Ansicht. Er beurteilt mit dem thür. Dienststrafhof für nichtrichterliche Beamte diese Frage nicht vom Standpunkt einer einzelnen Beamtenklasse aus, sondern nach den Anforderungen, die im allgemeinen an Beamte gestellt werden. Maßgebend ist die vernünftige Anschauung eines in unserer Zeit lebenden, die heutigen Verhältnisse vollauf berücksichtigenden, gebildeten kritischen Staatsbürgers in amtlicher Stellung (Thür. Dienststrafhof für nichtrichterliche Beamte, D 8/25, 8/26, 11/30). Dabei ist bei dieser Beurteilung natürlich Rücksicht zu nehmen auf die Dienststellung des beschuldigten Beamten.

(Thür. Dienststrafhof für Richter, Urt. v. 25. Juni 1931.)

Mitgeteilt von OLGR. Dr. Lorey, Jena.

Hamburgischer Disziplinarhof.

2. § 14 HambDiszG. v. 7. Jan. 1884. Grundsätzlich ist der Hamburg. Disziplinarrichter nicht an die Feststellungen des Strafrichters gebunden. Diese sind nur außerordentlich wichtiges Erkenntnismittel. †)

Dadurch, daß der Angekl. vor dem DiszH. dieselben Tatsachen unter Beweis stellte, welche seinen gescheiterten Wiederaufnahmeanträgen zugrunde lagen, sah sich der DiszH. vor die Entscheidung der grundsätzlichen Frage gestellt, ob er ohne Rücksicht auf die Geltendmachung dieser neuen Tatsachen entsprechend einer in Rechtslehre und Rspr. verbreiteten Ansicht an die Feststellungen des rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils, abgesehen von den ausdrücklich in § 14 Abs. 2 HambDiszPensG. für die nichtrichterlichen Beamten v. 7. Jan. 1884 (Wulff, HambG. und VO., 3. Aufl., Bd. I S. 420 ff.) vorgesehenen Bindung der DiszGer. an die Feststellungen des voraufgegangenen Strafverfahrens, an die Feststellungen des strafgerichtlichen Urteils gebunden sei oder nicht, wie eine gleichfalls schon in der Rspr. der Dienststrafgerichte aufkommende Ansicht es fordert (über den gegenwärtigen Stand dieser Frage vergleiche Wulff a. a. O. S. 427 Note 10). Der DiszH. hat sich unter Widerspruch des Vertreters der Anklage der bei Wulff a. a. O. vertretenen Ansicht, daß über den im § 14 Abs. 2 a. a. O. ausdrücklich geregelten Fall hinaus eine formale Bindung des DiszGer. an strafgerichtliche Feststellungen

---

Gründe, die der Thür. Dienststrafhof für Richter für seinen Standpunkt in Übereinstimmung mit dem des RDiszH. vorbringt, vermögen nicht zu überzeugen. Insbes. ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung, daß sich mitunter bei Wiederholung der Beweisaufnahme im Disziplinarverfahren das Erinnerungsvermögen der Zeugen abschwächt und damit die Feststellung des Sachverhalts manchmal größere Schwierigkeiten macht, als in dem voraufgegangenen Strafverfahren. Dagegen ist entscheidend, daß bei der Nichtbindung des Disziplinarrichters der im Strafverfahren zu Unrecht verurteilte Beamte wenigstens im Disziplinarverfahren seine Unschuld dartun und sich und seiner Familie seine Lebensstellung erhalten kann. Die Folgen eines auf Dienstentlassung lautenden Disziplinarurteils sind regelmäßig schwerer als die eines auf eine Freiheitsstrafe lautenden Strafurteils. Deshalb ist es zu begrüßen, wenn der Disziplinarrichter nicht die überaus schwere Strafe der Dienstentlassung auszusprechen braucht, ohne sich selbst durch eigene Beweiserhebung von der Schuld des Beamten überzeugt zu haben. Interessant ist in dieser Beziehung das Urteil des Disziplinarhofs Hamburg für nichtrichterliche Beamte v. 13. März 1931: Justiz 1931, 547 ff. Durch dieses ist ein Lehrer freigesprochen worden, der wegen Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Schülerinnen vom Strafrichter rechtskräftig zu 8 Monaten Gefängnis verurteilt worden war. Der Disziplinarhof Hamburg, der sich an die Feststellungen des Strafrichters nicht für gebunden hielt, war in eine umfangreiche, eineinhalb Tage dauernde Beweisaufnahme eingetreten und auf Grund dieser zur Feststellung der Unschuld des Lehrers gelangt.

Bei der großen Bedeutung der Streitfrage, die immer wieder von neuem aufgerollt wird und niemals zu einer einheitlichen Lösung zu gelangen scheint, ist ihre gesetzliche Regelung dringend geboten. Der Entwurf zur neuen Reichsdienststrafordnung sieht zwar grundsätzlich die Bindung des Disziplinargerichts an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters vor, läßt aber eine Nachprüfung zu, wenn diese durch einstimmigen Beschluß des Dienststrafgerichts für erforderlich erachtet wird. Mit dieser Regelung wird man sich einverstanden erklären können, da in allen irgendwie zweifelhaften Fällen ein solcher einstimmiger Beschluß mit Sicherheit zu erwarten ist. —

Auch in dem zweiten, vom Thür. Dienststrafhof erörterten Punkte kann ich mich seiner Ansicht nicht anschließen. Die Frage, ob ein Dienstvergehen vorliegt, ist m. E. nicht nur nach den Anforderungen zu beurteilen, die im allgemeinen an Beamte gestellt werden. Vielmehr ist nicht selten von entscheidender Bedeutung, welche besonderen Pflichten die Beamtenklasse hat, zu der der angeschuldigte Beamte gehört. So wird man an das Verhalten der höheren Beamten, besonders der Richter, in mancher Hinsicht erheblich höhere Anforderungen stellen müssen, als an Beamte des mittleren oder unteren Dienstes. Dasselbe gilt z. B. auch von Lehrern; so haben z. B. die Disziplinargerichte mit Recht in ständiger Rspr. sittliche Verfehlungen der Lehrer, die kraft ihres Amtes auch in sittlicher Hinsicht ihren Schülern ein leuchtendes Vorbild sein sollen, erheblich schwerer bestraft als bei anderen Beamten.

LGPräs. Dr. Brand, Duisburg.

Zu 2. Der HambDiszH. verläßt mit diesem Urteil eine jahrzehntelange Rspr. und schließt sich der Entsch. der Reichsdisziplinarkammer Schleswig: JW. 1925, 1052 und dem im Urteil zitierten Kommentar von Wulff an. Auf dem gleichen Standpunkt steht die Rspr. des Ehrengerichts der Hanseatischen Anwaltskammer.

D. S.

weder aus dem Wortlaut noch dem Sinne des genannten Hamburgischen Gesetzes abgeleitet werden kann, angeschlossen. Er verkennt dabei nicht die schweren Unzuträglichkeiten, die sich beim Auseinandergehen der strafgerichtlichen und dienststrafrechtlichen Entscheidung ergeben können und insbes. im vorl. Fall ergeben. Solche Erscheinungen gibt es aber auch auf anderen Rechtsgebieten, ohne daß dabei die Notwendigkeit der Bindung der einen Verfahrensart an die andere möglich wäre oder gefordert würde. So ist es möglich, daß von den Zivilgerichten eine Ehe wegen erwiesenen Ehebruchs geschieden wird und der Strafrichter dennoch den bei der Scheidung für schuldig befundenen Ehegatten von der Anklage des Ehebruchs freispricht, weil er solchen nicht für erwiesen erachtet. Der Möglichkeit einer verschiedenen Beurteilung, ob ein Steueranspruch besteht oder ob und in welcher Höhe ein Steueranspruch verkürzt oder ein Steuervorteil zu Unrecht gewährt ist, durch die Strafgerichte und die FinGer. ist durch die ausdrücklichen Vorschriften des § 433 RAO. vorgebeugt. Mangels solcher ausdrücklichen Vorschriften im HambDiszPensG. für die nichtrichterlichen Beamten müssen derartige entgegengesetzte Entscheidungen der Strafgerichte und der Dienststrafgerichte mit Rücksicht darauf, daß in diesem Dienststrafrecht es ebenfalls gilt, die Wahrheit darüber zu ermitteln, ob ein Beamter der Verpflichtung, durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen, zuwider gehandelt hat oder nicht, hingenommen werden. Diese Wahrheitsermittelungspflicht ist in vollkommener Weise nur durchzuführen, wenn die Ermittelungen des Gerichts in keiner Weise außer durch die ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes selbst eingeengt sind. Es ist ein Gewinn der neuzeitlichen Rechtsüberzeugung und Rechtssysteme, den erkennenden Richter grundsätzlich von Beweisregeln und Bindungen an Vorentscheidungen oder Entscheidungen anderer Verfahren freigemacht zu haben. Es ist kein zwingender Grund ersichtlich, den Richter des Dienststrafverfahrens grundsätzlich anders zu stellen. Im übrigen bestimmt § 28 HambDiszPensG. für die nichtrichterlichen Beamten, daß, sofern sich nicht aus diesem Gesetze Abweichungen ergeben, auf das Disziplinarverfahren die Vorschriften der StPO. über das Verfahren in den zur Zuständigkeit der LG. gehörenden Strafsachen entsprechende Anwendung zu finden haben. Damit ist auch auf § 261 StPO. verwiesen, nach welchem über das Ergebnis der Beweisaufnahme das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden hat. Dieser Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung ist eine so hohe Errungenschaft jedes nur irgendwie gearteten, der Zeitüberzeugung entsprechenden rechtlichen Verfahrens, daß eine Abweichung davon, wie es die Bindung der Dienststrafgerichte an die rechtskräftigen verurteilenden Erkenntnisse der Strafgerichte ist, unbedingt eines klaren, positiv gesetzlichen Ausspruches bedürfte. An solchem aber fehlt es. Der DiszH. bekennt sich daher grundsätzlich zu der Ansicht der Nichtbindung. Er betont dabei jedoch ausdrücklich, daß dieser Grundsatz keineswegs überhaupt von dem Vorhandensein und der Bedeutung eines rechtskräftigen strafgerichtlichen Erkenntnisses absieht. Vielmehr bedeutet das rechtskräftige strafgerichtliche Erkenntnis auch bei Anwendung des Grundsatzes der Nichtbindung für das Dienststrafgericht nach wie vor ein außerordentlich wichtiges, unentbehrliches Erkenntnismittel, von dem abzuweichen nur beim Vorliegen besonderer Gründe möglich ist.

(HambDiszH., Urt. v. 12./13. März 1931, D H 4/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. H. Ruscheweyh, Hamburg.

C. Ausländische Gerichte.

Obertribunal Kaunas.

1. §§ 305, 372, 399 StPO. Rechtsmittel bei formwidrigen Wiederaufnahmeverfahren. †)

Das SchöffG. hat gegen den durch rechtskräftigen Strafbefehl wegen Eisenbahntransportgefährdung bestraften, als Zeuge in dem Verfahren gegen einen anderen Angekl. zur Hauptverhandlung geladenen Lokomotivführer G. in dieser Hauptverhandlung die Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 399 Ziff. 5 StPO. auf Antrag der StA. zugelassen und alsbald gegen ihn mit seiner Zustimmung verhandelt, mit dem Ergebnis, daß G. freigesprochen wurde.

Die StrK. hat das freisprechende Urteil bestätigt, wiewohl sie nicht verkannt hat, daß das Wiederaufnahmeverfahren gegen einen Strafbefehl unzulässig ist. Sie erachtet jedoch den Beschl. über die Anordnung der Wiederaufnahme als rechtskräftig, da er nicht mit der Beschwerde rechtzeitig angefochten worden sei.

Die Revision der StA. begehrt die Wiederherstellung des Strafbefehls, indem sie das gegen G. getätigte Wiederaufnahmeverfahren für unzulässig erachtet und weiterhin den Standpunkt vertritt, die — an sich gem. §§ 405, 346 StPO. gegen die Anordnung einer Wiederaufnahme des Verfahrens gegebene — Beschwerde sei im vorliegenden Falle gem. § 347 StPO. ausgeschlossen gewesen, da der Wiederaufnahmebeschl. im vorliegenden Fall sich als eine Entsch. des erkennenden Gerichts, welche der Urteilsfällung vorausgeht, darstelle. Hiernach hätte die StrK. auf die staatsanwaltschaftliche Berufung gegen das freisprechende Urteil des SchöffG. den Strafbefehl wiederherstellen müssen.

Dem kann nicht beigetreten werden. § 347 StPO. hat bei denjenigen Entsch., die er der selbständigen Anfechtung im Hinblick auf die Möglichkeit einer Anfechtung des Urteils entzieht, nur solche im Auge, die in einem inneren Zusammenhang mit der Urteilsfällung stehen. Dient eine Entsch. jedoch nicht lediglich der Urteilsfällung, so ist die Beschw. nicht gem. § 347 StPO. als ausgeschlossen zu erachten (Löwe-Rosenberg, StPO., 15. Aufl., Anm. 4 zu § 347). Dies muß namentlich für solche Entsch. gelten, die die Grundlage des ganzen Verfahrens betreffen. Für die Anordnung des Wiederaufnahmeverfahrens, gegen die die Beschw. ausdrücklich vom Gesetz gewährt wird, kann es nicht als der Wille des Gesetzes angesehen werden, daß sie etwa deshalb entfalle, weil der anzufechtende Beschluß in einer — ursprünglich gegen einen anderen Täter gerichteten — Hauptverhandlung erfolgt. Diese ungewöhnliche und dem normalen Gang des Strafprozesses — auch bei einem Wiederaufnahmeverfahren — nicht entsprechende Hineinbeziehung einer Person als neuen Angekl. in ein anhängiges Verfahren kann nicht die Wirkung haben, daß die an sich gegebene Möglichkeit einer Rechtsmittelanfechtung entfällt.

Die Nichtanfechtung der Anordnung des Wiederaufnahmeverfahrens durch die Beschw. hat sonach die prozessuale Wirkung, daß die an sich aus dem Gesetz folgende Unzulässigkeit des Wiederaufnahmeverfahrens in der Berufungsverhandlung nicht mehr geltend gemacht werden kann, die weitere Verhandlung und Entsch. des Falles sonach auf die — aus der Rechtskraft der Zulassung der Wiederaufnahmeverhandlung folgende — Fiktion der Zulässigkeit des Verfahrens gegründet werden mußte, wie dies die StrK. in zutreffender Würdigung der Rechtslage auch getan hat.

(ObTrib. Kaunas, Urt. v. 22. Jan. 1931, S 54/30.)

Mitgeteilt von ObTribRichter Dr. Hesse, Memel.

Zu 1. Das Verfahren des SchöffG. war recht sonderbar: Nicht nur Wiederaufnahme gegen einen Strafbefehl, sondern auch Zulassung durch ein gegen einen anderen Angekl. erkennendes Gericht in der Hauptverhandlung mit sofortiger Freisprechung! Als Folge dieser Häufung prozessualer Verstöße entsteht zunächst die Frage, ob die sofortige Beschw. (§ 372 StPO.) gegen den die Wiederaufnahme zulassenden Beschluß durch § 305 StPO. ausgeschlossen wurde. Das ObTrib. verneint in Übereinstimmung mit der StrK. Seine Gründe dürften zutreffen. § 305 denkt an normale Prozeßgestaltungen, aber nicht an den Fall, daß ein erkennendes Gericht in der Hauptverhandlung über einen Wiederaufnahmeantrag beschließt. Hält man aber die sofortige Beschw. für zulässig, so hat die Versäumung der Beschwerdefrist die Rechtskraft des Beschlusses zur Folge (vgl. auch Löwe-Rosenberg, Anm. 4 zu § 372).

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Berichtigungen.

In der Vorbemerkung der Schriftleitung JW. 1931, 2609 findet sich ein Druckfehler. Es muß im 4. Absatz statt „zuletzt JW. 1931, 669“ heißen: „zuletzt JW. 1931, 169“.

In JW. 1931, 2522 in der rechten Spalte letzte Zeile muß es heißen „Abgedr. JW. 1931, 2048“, nicht 2848.

Anhang.

Auslieferungsrecht.

(Fortsetzung von JW. 1930, 2603 und 1931, 249.)

1. Reichsgericht.

1. §§ 4 Nr. 2, 27 DAusliefG. Zulässigkeit der Auslieferung wegen einer im Ausland rechtskräftig abgeurteilten Tat, wegen deren im Ausland das Verfahren wieder aufgenommen ist. Die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme nach deutschem Verfahrensrecht ist nicht Voraussetzung der Auslieferung (Fall Schwarz).[1]) †)

Die Rechtskraft eines wegen der Tat gegen den Verfolgten im Auslande erlassenen Urteils steht der Auslieferung nicht entgegen, wenn das Verfahren durch rechtskräftige Entsch. der zuständigen ausländischen Behörde wieder aufgenommen ist. Ob die Wiederaufnahme auch nach deutschem Strafverfahrensrecht zulässig gewesen sein würde, ist nicht zu prüfen.

Die österr. Gesandtschaft in Wien hat auf Grund Haftbefehls des Landesgerichts für Strafsachen zu Wien v. 5. Juni 1929 die Auslieferung des Verfolgten wegen Verdachts der „Verhehlung" (§ 214 ÖstStGB.) (Begünstigung i. S. des § 257 DtschStGB.) beantragt. Der Haftbefehl und die ihm beigegebene Anklageschrift lassen erkennen, daß der Verfolgte wegen der in Frage stehenden Tat von dem LG. I zu Wien am 3. Okt. 1925 freigesprochen war, daß aber — nachdem neue Anhaltspunkte für die Schuld des Verfolgten sich ergeben hatten — am 5. März 1926 auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Wiederaufnahme des Verfahrens angeordnet worden ist.

Nach § 4 Ziff. 2 DAusliefG. ist die Auslieferung nicht zulässig, wenn die Strafverfolgung nach deutschem Rechte unzulässig sein würde. In dem zur Entsch. stehenden Fall kommt als die Strafverfolgung nach deutschem Recht hindernder Umstand die Rechtskraft des gegen den Verfolgten wegen der Tat ergangenen freisprechenden Urteils in Frage. Die Wirkung der Rechtskraft der ergangenen Entsch. würde nach deutschem Recht einem neuen Verfahren wegen der Tat gegen den Freigesprochenen entgegenstehen. Dieser Grundsatz gilt indessen auch für das deutsche Recht nicht unbeschränkt: Er erleidet eine Ausnahme durch die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens. Ist diese durch rechtskräftige Entsch. des zuständigen Gerichts angeordnet worden, so steht dem neuen Verfahren der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht mehr entgegen.

Eine derartige Entsch. liegt nun im gegenwärtigen Falle vor. Das zuständige Gericht in Wien hat die Wiederaufnahme des Verfahrens wegen der dem Auslieferungsersuchen zugrunde liegenden Tat gegen den Verfolgten zugelassen. Die Auslieferungsunterlagen ergeben aber zugleich, daß ein Grund, der die Wiederaufnahme zu Ungunsten eines Freigesprochenen nach deutschem Recht gestatten würde (§ 362 DtschStPO.), nicht vorgelegen hat; die Wiederaufnahme ist — entsprechend den in dieser Hinsicht weitergehenden Bestimmungen der ÖstStPO. (vgl. insbes. § 355 Nr. 2 — 2. Fall — das.) — zugelassen worden, weil sich für die Schuld des Verfolgten neue Tatsachen und Beweismittel ergeben haben. Das würde nach deutschem Recht zur Begründung der Wiederaufnahme nicht ausgereicht haben.

Indessen, der Umstand, daß im Deutschen Reich die Wiederaufnahme nicht hätte *zugelassen* werden dürfen, steht der Zulässigkeit der *Auslieferung* nicht entgegen.

Die Auslieferung ist ihrem inneren Wesen nach eine Form der Rechtspflege. Das hat zur notwendigen Folge, daß der ersuchte Staat nicht ausliefern darf, wenn er selbst bei dem gegebenen Fall ein Recht, zu strafen, nicht haben, wenn ihm das für ihn geltende Gesetz einen „*Strafanspruch*" nicht begründen würde.

Die Frage, ob ein *deutscher Strafanspruch* gegeben sein würde, bildet auch die Grundlage der nach § 4 Abs. 2 DAusliefG. vorzunehmenden Prüfung. Deshalb kommen als Gründe, die nach der genannten Gesetzesbestimmung die Auslieferung hindern, nur solche in Frage, welche das *Vorhandensein des Strafanspruchs*, das *materielle* Recht, berühren, nicht solche, die rein verfahrensrechtlich — wie etwa nach deutschem Recht eine nach der Tat eingetretene geistige Erkrankung des Täters — der gerichtlichen Verfolgung entgegenstehen würden. Nur wenn und soweit in einem ge-

[1]) Vgl. OLG. Dresden: JW. 1931, 253.

Zu 1. Die Entsch. (= RG. 65, 269) wäre zu billigen, wenn die Auslieferung ein Akt der Rechtshilfe i. e. S. wäre und das DAusliefG. lediglich voraussetzen würde, daß aus der Tat für den ersuchenden Staat ein Strafanspruch entstanden ist, zu dessen Verwirklichung der ersuchte Staat Hilfe leistet (vgl. v. *Liszt-Fleischmann*, Völkerrecht, 12. Aufl., S. 357). Jedoch schon vor dem Inkrafttreten des DAusliefG. ist von namhafter Seite (vgl. *Kahl*, Bericht des Verfassungsausschusses, S. 35; *Kraus*, Verhdlgen. d. 34. DJT. Bd. II, S. 310) die Auffassung vertreten worden, daß die Entsch. über die Bewilligung oder Ablehnung eines Auslieferungsersuchens einen Akt der internationalen Strafrechtspflege darstelle, daß der Staat, der einen Verfolgten der ausländischen Gerichtsbarkeit überliefere, damit eine Art Strafgewalt ausübe, und diese Anschauung hat das RG. für das DAusliefG. sich zu eigen gemacht. Diese Strafgewalt des ersuchten Staates kann sich indessen, weil ihm regelmäßig ein Recht, den Verfolgten zu bestrafen, nicht zusteht, nur darauf beziehen, ob die Tat nach seinem Recht an sich strafbar sei und ob der Auszuliefernde von seinen Behörden verfolgt und bestraft werden könnte, wenn diese es wollten (vgl. *Lammasch*, Auslieferungspflicht u. Asylrecht, S. 432). Es genügt also nicht, daß die verfolgte Handlung durch das am Ort der Begehung geltende Gesetz mit Strafe bedroht ist. Vielmehr muß die nach den Gesetzen des Auslands strafbare Handlung auch einem deutschen Strafgesetz zuwiderlaufen und wie nach ausländischem[1]), so auch nach inländischem Recht mit der Eigenschaft eines Verbrechens oder Vergehens ausgestattet sein. Das bestimmt teils § 2 Abs. 1, teils § 4 Nr. 1, und diese Vorschriften gehören dem materiellen Recht an, soweit durch sie das staatliche Strafrecht begründet wird. Daneben fordert aber § 4 Nr. 2 — um zu verhindern, daß der Verfolgte schlechter gestellt wird als derjenige, der die gleiche Tat im Inlande begangen hat —, daß die Verfolgung der Tat (oder die Vollstreckung der Strafe) nach deutschem Recht infolge Verjährung oder Gnadenerlasses oder aus einem sonstigen Rechtsgrunde nicht unzulässig sein würde, und diese Bestimmung ist prozeßrechtlicher Natur. Zwar haben die Verjährung der Strafverfolgung oder Strafvollstreckung und ebenso die Niederschlagung und der Gnadenerlaß die materielle Wirkung, daß sie den staatlichen Strafanspruch beseitigen (RG. 41, 167). Sie sind aber auch verfahrensrechtlich von Bedeutung, weil sie die Einleitung oder Durchführung eines neuen oder anhängigen Strafverfahrens verbieten. Die gleichen, teils materiellrechtlichen, teils prozeßrechtlichen Wirkungen haben nach innerdeutschem Recht auch die rechtskräftige Aburteilung einer strafbaren Handlung oder, was hier zutrifft, die rechtskräftige Freisprechung (RG. 41, 152), so daß ohne Zweifel der Rechtsgrundsatz ne bis in idem zu den „anderen Gründen" rechnet, von denen im § 4 Nr. 2 — ersichtlich in Anlehnung an die Auslegung, die § 260 StPO., soweit dieser die Einstellung des Verfahrens regelt, gefunden hat — die Rede ist. Dabei ist aber i. S. von § 4 Nr. 2 die Frage, ob materiell eine Strafe verhängt werden könnte, von sekundärer Bedeutung, weil die Zulässigkeit der Auslieferung nicht von dem materiellen Strafanspruch, sondern von der Bedingung abhängig ist, ob prozeßrechtlich ein Strafverfahren oder die Strafvollstreckung zulässig wäre. Aus diesem prozeßrechtlichen Inhalt des § 4 Nr. 2 erhellt aber eindeutig, daß die Auslieferung nicht bewilligt werden darf, wenn im Inland eine strafrechtliche Verfolgung (oder Strafvollstreckung) mit Rücksicht auf den Wegfall einer für ihre Zulässigkeit wesentlichen Prozeßvoraussetzung ausgeschlossen ist. In diesem Sinne hat auch das RG. (RG. 38, 334) sich früher ausgesprochen, und zwar mit den Worten, daß eine „Auslieferung wegen einer im Inlande straflosen, also auch wegen einer im Inlande ... straflos gewordenen Tat widersinnig wäre". Dem angegebenen Zweck läuft aber die Entsch. in ihrem Ergebnis zuwider. Sie führt nämlich dahin, daß der Verfolgte aus dem Reichsgebiet, in dem er Asylschutz genießt, ausgeliefert wird, obwohl nach Reichsrecht mangels der Voraussetzungen des § 362 StPO. die Wiederaufnahme zu seinen Ungunsten nicht statthaft ist und folglich die im Ausland wiederaufgenommene Verfolgung und die dort beabsichtigte Bestrafung den eigenen Rechtsbegriffen widerstreitet (vgl. hierzu auch *Lammasch* S. 473).

Die Ansicht des RG., daß in den Fällen des § 4 Nr. 2 nicht in Betracht zu ziehen sei, wie der Fall nach deutscher Rechtsanschauung sich verfahrensrechtlich darstelle, ergibt auch, da das, was bezüglich der Rechtskraft ausgesprochen ist, für die übrigen im § 4 Nr. 2 aufgeführten Rechtsgründe wohl ebenfalls gelten soll, untragbare Folgerungen. Es ist allgemeine Ansicht, daß bei

[1]) Anders *Fraustädter*, Anm. 3 zu § 2; es genüge, daß nach dem Recht des ersuchenden Staates *irgendeine* strafbare Handlung vorliege.

gebenen Falle der Strafanspruch als solcher nach deutschem Recht in Frage gestellt sein würde, ist die Auslieferung — nach § 2 Abs. 1 oder nach § 4 Ziff. 2 DAuslieſG. — unzulässig.

Die dem deutschen Richter durch das DAuslieſG. auferlegte Verpflichtung, den Fall, der zu dem Auslieferungsersuchen Anlaß gegeben hat, unter dem Gesichtspunkt des deutschen Rechtes zu prüfen, beschränkt sich auf das materielle Recht. Wie sich der Fall bei Anwendung inländischer Rechtsgrundsätze verfahrensrechtlich darstellen würde, braucht nicht mit in Betracht gezogen zu werden, könnte — bei der Verschiedenheit der Verfahrensgesetze — auch gar nicht ernstlich Gegenstand der Prüfung sein.

Das deutsche Prozeßrecht, insbes. das deutsche Strafverfahrensrecht, ist beherrscht von dem Grundsatz: locus regit actum; d. h. es entscheidet sich die Frage, ob ein Verfahrensakt rechtswirksam ist, nach dem Recht des Staates, in dessen Machtbereich er vorgenommen ist. So ist z. B. die Frage, ob eine im Ausland bewirkte Zustellung oder Zeugenvernehmung im inländischen Strafverfahren Beachtung finden kann, danach zu beurteilen, ob sie entsprechend den Gesetzen vorgenommen ist, die in dem Staate gelten, dessen Organe sie ausgeführt haben (vgl. dazu z. B. RGSt. 11, 391; 12, 347; 40, 189; RGUrt. v. 26. Febr. 1900, 1 D 537/1900 = GoltdArch. 47, 164; v. 6. Nov. 1917, 5 D 1092/14 = Recht 1918 Beilage Nr. 313; v. 2. Dez. 1929, 3 D 1067/29). Die Gesetze des Auslands gelten in diesem Umfange als Bestandteile des deutschen Prozeßrechts.

Dieser — wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochene, so doch im deutschen Strafprozeßrecht allgemein anerkannte — Rechtsgrundsatz gilt zufolge der Vorschrift seines § 47 auch im Bereich des DAuslieſG. Er wird durch § 4 Ziff. 2 DAuslieſG. nach dem, was oben ausgeführt ist, in keiner Weise eingeschränkt.

Aus diesem Grunde ist die Frage, ob eine — den Strafanspruch feststellende oder verneinende — rechtskräftige richterliche Entsch. i. S. des § 4 Ziff. 2 DAuslieſG. im Ausland ergangen ist, allein nach dem Recht des in Betracht kommenden ausländischen Staates zu beurteilen; und das gleiche muß naturgemäß für die Prüfung der Frage gelten, ob und unter welchen Voraussetzungen einer rechtskräftigen Entsch. die Wirkung der Rechtskraft durch eine spätere rechtskräftige Entsch. wieder entzogen werden kann und entzogen worden ist.

Auch für das rein inländische Verfahrensrecht gilt übrigens nichts anderes. Der dem materiellen Recht angehörige (weil den Strafanspruch berührende) Rechtssatz, daß die Rechtskraft eines Strafurteils die nochmalige Verfolgung wegen der abgeurteilten Tat ausschließt, gilt, wie schon gesagt, nur so lange, als die Rechtskraft des Urteils nicht durch eine rechtskräftige, die Wiederaufnahme anordnende Entsch. ausgeräumt ist. Die Rechtskraft des Wiederaufnahmebeschlusses beseitigt mit dem früheren Urteil auch dessen Rechtskraftwirkung. Der Richter, der nunmehr erneut über den Strafanspruch zu befinden hat, ist nach feststehender Rspr. des RG. nicht mehr befugt, zu prüfen, ob einer der Gründe, welche die Wiederaufnahme rechtfertigen, auch tatsächlich vorgelegen hat. Auch ihn bindet die Rechtskraft des Wiederaufnahmebeschlusses; die Gründe dieses Beschlusses unterliegen nicht mehr seiner Entsch., sondern sind für ihn eine feststehende Tatsache. Das hat seine Ursache eben darin, daß dem materiellen Recht, das der im wiederaufgenommenen Verfahren entscheidende Richter anzuwenden hat, nur die Rechtssätze über die Wirkungen der Rechtskraft, nicht diejenigen über ihr Zustandekommen, über ihre Entstehung angehören. Diese sind verfahrensrechtlicher Natur und müssen außer Betracht bleiben, wo es sich nur mehr um die Wirkungen der Rechtskraft auf den Strafanspruch, eben um das materielle Recht handelt (vgl. dazu RGSt. 4, 402; 35, 351 [353]; RG. Rspr. 5, 300; RGUrt. v. 12. Nov. 1925, 2 D 536/25, und v. 8. Jan. 1931, 3 D 1088/30; vgl. auch RGSt. 20, 46; RG. Rspr. 6, 344).

Der Stellung, die der deutsche Strafrichter, der in einem wiederaufgenommenen Verfahren zur Entsch. berufen ist, gegenüber dem die Wiederaufnahme anordnenden rechtskräftigen Beschluß eines deutschen Gerichts einzunehmen hat, entspricht diejenige des deutschen Rechtshilferichters, der auf Grund des AuslieſG. über die Zulässigkeit der Rechtshilfe in einem wiederaufgenommenen ausländischen Verfahren zu entscheiden hat. Auch ihn bindet — nach dem Grundsatz „locus regit actum" — die Rechtskraft der die Wiederaufnahme zulassenden Entsch. der zuständigen ausländischen Behörde. Er darf nicht fragen, ob die Wiederaufnahme nach deutschem Rechte zulässig gewesen wäre, weil deutsches Recht nach dem DAuslieſG. insoweit gar nicht anwendbar ist. Die Tatsache, daß im Ausland ein Verfahren in der dafür nach dem Recht des ersuchenden Staates vorgeschriebenen Form wiederaufgenommen ist, genügt für sich allein, um i. S. des § 4 Ziff. 2 DAuslieſG. das Ersuchen um Rechtshilfe als zulässig erscheinen zu lassen. Der Fall ist nicht anders zu behandeln, als wenn das durch Wiederaufnahmebeschluß beseitigte frühere Urteil nicht ergangen wäre.

Es ergibt sich somit, daß im gegebenen Falle die Strafverfolgung i. S. des § 4 Nr. 2 DAuslieſG. auch nach deutschem Recht zulässig sein würde (vgl. dazu auch Mettgenberg, DAuslieſG. Note 59 Abs. 3 S. 254, 255; Fraustädter, AuslieſG., Anm. 6 zu § 4 S. 41, sowie Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht S. 469 ff.).

(RG., 3. Sen., Beschl. v. 27. April 1931, 10 TB 39/30, XI 1253/30.)

*

Prüfung der Frage, ob nach den Gesetzen des ersuchten Staates die Strafklage oder die Strafe verjährt ist, nicht allein Beginn und Dauer, sondern auch die Unterbrechung und das Ruhen der Verjährung nach dem Recht des ersuchten Staates zu beurteilen seien (vgl. Cohn, Auslieferungsverträge, S. 20) und daß auch Verfolgungshandlungen, die von den Behörden des ersuchenden Staates vorgenommen sind, beispielsweise die Unterbrechung der Verjährung zur Folge haben, soweit das Recht des ersuchten Staates ihnen diese Wirkung beimißt. Danach ist es unerläßlich, Handlungen, die von den ausländischen Behörden vorgenommen sind, unter Anwendung inländischer Rechtsgrundsätze daraufhin zu untersuchen, ob sie den Willen, daß das Strafverfahren seinen Fortgang nehmen soll, erkennbar machen (§ 68 StGB.), und dabei läßt sich nicht ausschließen, daß auch verfahrensrechtliche Gesichtspunkte (vgl. nur RG. 21, 308) auf die Entsch. Einfluß nehmen. Man braucht weiterhin nur an diejenigen Verbrechen und Vergehen zu denken, die nach inländischem Recht nur auf Antrag verfolgt werden, bei denen also die Auslieferung abzulehnen ist (§ 4 Nr. 2), wenn ein den deutschen Gesetzen entsprechender Antrag nicht vorliegt, um die Frage aufzuwerfen, ob wirklich bei Prüfung der Zulässigkeit des Auslieferungsersuchens nicht in Betracht gezogen werden soll, ob der gestellte Strafantrag nach dem eigenen Verfahrensrecht (§ 158 Abs. 2 StPO.) in Ordnung geht.

Das auffällige Ergebnis, daß die deutsche Regierung einen Verfolgten ausliefern soll, über den ihr, wenn die Tat auf eigenem Gebiet verübt wäre, kein Strafrecht und keine Strafpflicht mehr zustände, wird auch durch die weiteren Erwägungen der Entsch. nicht gestützt. Daß eine im Ausland erfolgte Zeugenvernehmung im inländischen Verfahren verlesbar ist, wenn bei der Vernehmung die Regeln des ausländischen Rechts beobachtet sind, beruht darauf, daß der im Ausland wohnende Zeuge nicht gezwungen werden kann, vor einem deutschen Gericht zu erscheinen, so daß nur die Wahl bleibt, ob man auf die Beobachtung des deutschen Verfahrensrechts verzichten oder das Beweismittel unbenutzt lassen will (RG. 46, 52). Es verhilft auch nichts, daß (nach der Rspr. des RG.) im inländischen Wiederaufnahmeverfahren der „erkennende" Richter an den die Wiederaufnahme anordnenden Beschluß des „beschließenden" Gerichts gebunden ist. Der Richter, der im Auslieferungsverfahren zu entscheiden hat, ob die inländische Strafverfolgung (oder Strafvollstreckung) und damit die Auslieferung zulässig wäre, hat nicht, wie der erkennende Richter im Wiederaufnahmeverfahren, über die Schuldfrage und in der Sache selbst (auf Grund mündlicher Verhandlung) zu entscheiden. Er ist vielmehr auf die Prüfung beschränkt, ob gegen das frühere Urteil, wenn es unter deutscher Gerichtsbarkeit ergangen wäre, in rechtlicher Beziehung die Wiederaufnahme zulässig wäre. Er darf also weder untersuchen, ob nach den Gesetzen des ersuchenden Staates die Wiederaufnahme mit rechtlich und tatsächlich zutreffender Begründung zulässigerweise angeordnet worden ist, weil diese Prüfung ausschließlich den Behörden des ausländischen Staates obliegt, noch darf er prüfen, ob die von den deutschen Gesetzen geforderten rechtlichen Voraussetzungen in tatsächlicher Beziehung erfüllt sind, z. B. ob die Feststellungen des Urteils durch neue Tatsachen oder Beweismittel erschüttert werden. Demnach ist die Stellung des „Rechtshilferichters" eine völlig andere als die des „erkennenden" Richters (im innerdeutschen Wiederaufnahmeverfahren) und allenfalls vergleichbar mit der des „beschließenden" Gerichts. Für den Rechtshilferichter besteht keine „rechtskräftige, die Wiederaufnahme anordnende Entsch.", für ihn ist auch „die Rechtskraft des früheren Urteils nicht wieder beseitigt". Er sieht nicht auf die Schuldfrage, sondern auf das Vorliegen des Auslieferungshindernisses (Entscheidungsvoraussetzung). Die Frage, die ihm gestellt ist, ist die, „ob und unter welchen Voraussetzungen einer rechtskräftigen — inländischen — Entsch. die Wirkung der Rechtskraft wieder entzogen werden kann", und diese Frage war im gegebenen Falle zu verneinen, weil das deutsche Recht beim freisprechenden Urteil den weitergehenden Wiederaufnahmegrund des österreichischen Rechts, die Wiederaufnahme auf Grund von nova reperta nicht anerkennt.

Da hiernach die Auslieferung sich als unzulässig erweist, die gerichtliche Entsch. jedoch in gegenteiligem Sinne gefallen ist (§ 27 Abs. 3 Satz 1), so ist die zur Entsch. über das Auslieferungsersuchen zuständige (Landes-) Regierung vor die unerfreuliche Lage gestellt, ob sie gleichwohl die begehrte Auslieferung ablehnen soll. Dabei taucht alsbald das weitere — vom RG. nicht berührte — Problem auf, ob nicht aus Gründen der Gegenseitigkeit (§ 4 Nr. 1 und Ziff. 1 des Notenwechsels v. 5. Juli 1930 u. 1. Aug. 1930 [RGBl. II, 1211]) Bedenken gegen die Zulässigkeit und damit gegen die Bewilligung der Auslieferung bestehen.

OJR. Dr. Dörffler, Berlin.

2. §§ 27, 41 DAusliefG. Begriff der Rechtshilfe in Strafsachen (Fall Fiedler).

In Sachen betreffend das Ersuchen der tschechosl. Gesandtschaft in Berlin um Übermittlung einer Abschrift des von dem AG. zu Hamburg in Sachen III St 75/30 am 13. Jan. 1930 gegen den tschechosl. Staatsangehörigen F. F. (auch F. H. W.) wegen Paßvergehens und Urkundenfälschung erlassenen rechtskräftigen Urteils hat das RG., 3. StrSen., gemäß § 41 Abs. 2 Satz 1, 2, § 27 Abs. 2 DAusliefG. auf Antrag des Oberreichsanwalts beschlossen:

Das Ersuchen ist — da mit Rücksicht auf § 36 des in Teilen der Tschechosl. Republik geltenden ÖstStGB. gestellt — als Ersuchen um „Rechtshilfe" in einer „Strafsache" i. S. des § 41 Abs. 1 DAusliefG. aufzufassen.

Die tschechosl. Gesandtschaft in Berlin hat um Übermittelung einer Abschrift des im Eingang dieses Beschlusses näher bezeichneten deutschen Strafurteils ersucht. Zweck des Ersuchens ist nach Auskunft der Gesandtschaft, den „zuständigen tschechosl. Stellen" die Prüfung zu ermöglichen, ob es sich bei der in Hamburg abgeurteilten Straftat des F. „um ein Verbrechen der Fälschung öffentlicher Urkunden handelt."

Ersichtlich soll diese Prüfung vorgenommen werden, um der Vorschrift des § 36 des in Teilen der Tschechosl. Republik geltenden ÖstStGB. zu genügen. Nach dieser Bestimmung sind Verbrechen, die ein Bürger der Tschechosl. Republik im Auslande begangen hat, „bei seiner Betretung im Inlande . . . ohne Rücksicht auf die Gesetze des Landes, wo das Verbrechen begangen worden", nach dem vorerwähnten ÖstStGB. zu behandeln.

Die Frage, die dem RG. vorgelegt ist, geht dahin, ob die mit dem Ersuchen begehrte Maßnahme i. S. des § 41 Abs. 1 DAusliefG. eine „Rechtshilfe in Strafsachen" sein würde. Die Bejahung der Frage würde die Folge haben, daß das Ersuchen gemäß Art. 17 i. Verb. m. Art. 6 Deutsch-Tschechosl. Auslieferungsvertrags abgelehnt werden könnte.

1. Was das DAusliefG. in § 41 unter „Rechtshilfe" in Strafsachen verstanden wissen will, ist dort nicht ausdrücklich gesagt. Aus Abs. 1 des Paragraphen ergibt sich, daß nur solche Maßnahmen in Betracht kommen, die nicht unter den ersten oder zweiten Abschnitt des DAusliefG. fallen. In Abs. 3 des § 41 werden alsdann eine Reihe von Maßnahmen, die das Gesetz als „Rechtshilfe"-Maßnahmen gelten lassen will, ausdrücklich aufgeführt. Dabei deutet aber das Wort „insbesondere" im Eingang des Absatzes darauf hin, daß es sich hier nur um die beispielsweise Aufzählung einzelner (der praktisch wichtigsten) Fälle der zwischenstaatlichen Rechtshilfe in Strafsachen handelt. Auch die amtl. Begründung zur RTVorlage des DAusliefG. (Nr. 362 der Drucks. IV. Wahlper. 1928) läßt in ihren Ausführungen zu dem (im RT. unverändert gebliebenen) § 41 klar erkennen, daß die Aufzählung in Abs. 3 nur Beispiele zu geben bestimmt ist und nicht den Anspruch erhebt, die in Betracht kommenden Maßnahmen erschöpfend anzuführen.

Zugleich ergibt sich aber aus der Begründung, daß der Gesetzgeber den Begriff der „Rechtshilfe" im weitesten Sinne hat erfassen wollen. Der § 41 soll „die erforderliche Rechtshilfe in jeder Form zulassen, ohne zwischen Rechtshilfe im engeren Sinne und Amtshilfe zu unterscheiden". „Neben der Auslieferung, Durchlieferung und Herausgabe von Gegenständen bedürfe die Strafrechtspflege der Unterstützung durch weitere Rechtshilfehandlungen mannigfacher Art." Dazu solle der § 41 die Möglichkeit bieten.

Es sind hiernach unter „Rechtshilfe" i. S. des § 41 DAusliefG. Maßnahmen zu verstehen, die eine ausländische Stelle von deutschen Behörden — nicht nur von den mit der Strafrechtspflege betrauten, sondern auch von den sonstigen deutschen Behörden, insbes. von den Verwaltungsbehörden aller Art — zur Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens verlangt. Daß als zur Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens geeignete Maßnahme auch die Gewährung von Auskunft in Betracht kommt, ist in § 41 Abs. 3 Nr. 1 ausdrücklich klargestellt. Zu den „Auskünften" in diesem Sinne gehört auch die Gewährung von Mitteilungen aus deutschen Akten, insbes. aus deutschen Strafakten. Auch die Übermittelung solcher Akten selbst oder von Teilen solcher Akten bedeutet im weiteren Sinn die Gewährung einer „Auskunft". Ob die Übermittelung in Urschrift oder in Abschrift erfolgt, ist dabei ohne Belang; Maßnahmen beider Art können begrifflich den Gegenstand einer „Rechtshilfe" bilden. Daß der Ausdruck „Rechtshilfe" derartige Maßnahmen mit ergreift, ist bei der umfassenden Bedeutung, die das DAusliefG. ihm gegeben zu sehen wünscht, nicht zweifelhaft.

2. Auch der Begriff der „Strafsachen", d. h. derjenigen im Ausland geführten Verfahren, deren Unterstützung sich das DAusliefG. (nicht nur im dritten, sondern auch im ersten und zweiten Abschnitt) zum Ziel gesetzt hat, ist nach dem Willen des Gesetzgebers ersichtlich weit aufzufassen. Er beschränkt sich nicht auf das gerichtliche Strafverfahren, auch nicht auf das diesem vorausgehende Ermittelungsverfahren, sondern begreift in sich alle behördlichen Maßnahmen — nicht nur diejenigen der eigentlichen Rechtspflegebehörden, sondern auch der zu ihrer Unterstützung berufenen, insbes. der Polizeibehörden —, die darauf abzielen, Personen, die einer mit krimineller Strafe bedrohten Handlung verdächtig sind, zu ermitteln und der gesetzlichen Bestrafung zuzuführen, einerlei, ob die in Betracht kommenden Maßnahmen von den ordentlichen Gerichten oder von anderen Behörden durchgeführt werden.

In diesem Sinne ist auch die Prüfung, die nach der Auskunft der tschechosl. Gesandtschaft im gegebenen Falle „die zuständigen tschechosl. Stellen" mit Hilfe der erbetenen Auskunft durchzuführen bestrebt sind, eine „Strafsache". Denn sie zielt darauf ab, festzustellen, ob die Straftat, die F. in Deutschland begangen hat, i. S. des Rechts seines Heimatlandes ein Verbrechen ist und demgemäß — trotz der in Deutschland bereits erfolgten Aburteilung — im Machtbereiche der Tschechosl. Republik von neuem verfolgt und nach den dort geltenden Strafbestimmungen abgeurteilt werden muß; sie bedeutet die Einleitung eines Strafverfahrens.

Hiernach ist die gestellte Frage zu bejahen.

(RG., 3. StrSen., Beschl. v. 9. Juli 1931, 10 TB 10/31, XI 369/31.)

*

3. § 54 DAusliefG. i. Verb. m. Art. 6 des deutsch-niederländischen Auslieferungsvertrags v. 31. Dez. 1896 (RGBl. 1897, 731, 746). Die Rechtmäßigkeit der erfolgten Auslieferung ist der Nachprüfung entzogen. Tragweite der Spezialität im Sinne des Vertrags. Strafbarkeit der Tat nach niederländischem Recht. Revisionsurteil. (Fall Sticherling.)

Die Rev. gegen das Urteil der 2. großen StrK. des LG. in Frankfurt a. M. v. 5. Nov. 1930 wird verworfen; dem Angekl. werden die Kosten des Rechtsmittels auferlegt.

. . .

Die Frage, ob die Handlung des Angekl. mit der StrK. als ein Vergehen des Betrugs anzusehen sei, bestimmt sich ausschließlich nach dem deutschen Recht (RGSt. 33, 271; 35, 257). Daneben ist die Frage zu prüfen, ob es nach Auslieferungsrecht zulässig war, über die Anschuldigung zu erkennen, und zwar in der Weise, wie es in dem angefochtenen Urteil geschehen ist.

Hier rügt die Rev. zunächst, daß sich keine Abschrift der von der niederländischen Regierung auf das Auslieferungsbegehren ergangenen Entschließung bei den Akten befinde. Das ist allerdings richtig. Aber die Akten enthalten ein Schreiben des niederländischen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten v. 21. April 1926 an den deutschen Gesandten im Haag und eine Mitteilung der Staatsanwaltschaft Amsterdam v. 22. April 1926 an den Untersuchungsrichter, daß die Auslieferung des Angekl. bewilligt sei. In dem Haftbefehl des Untersuchungsrichters aber war die Tat, wegen deren die Auslieferung begehrt wurde und die sich als ein nach dem deutsch-niederländischen Vertrag als auslieferungspflichtiges Vergehen darstellt, unter Angabe von Einzelheiten der Ausführung gekennzeichnet. Dafür, daß der Auslieferungsbeschluß der niederländischen Regierung etwa einen Teil des — nach dem Haftbefehl eine Einheit bildenden — Tuns des Angekl. für die Auslieferung ausgeschieden haben könnte, liegt keinerlei Anhalt vor. Die Möglichkeit einer solchen Beschränkung des Umfangs ist nach der Sachlage so außerordentlich fernliegend, daß sie ohne Bedenken außer acht gelassen werden kann.

Unbegründet ist sodann der weitere Revisionsangriff, der ausliefernden Regierung hätten genauere ins einzelne gehende Unterlagen für die Beurteilung der Frage gegeben werden müssen, ob nach dem ausländischen Recht Betrug vorliege. Ob die Angaben des Haftbefehls der ausländischen Regierung genügten, ging nur diese an. Ob nicht die Auslieferung wegen ungenügender Begründung des Begehrens abzulehnen gewesen wäre, ist im Strafverfahren nicht nachzuprüfen (RGSt. 29, 64).

Entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob die Tat, so wie geschehen, abgeurteilt werden durfte, ist nun der Inhalt des zwischen dem Deutschen Reich und den Niederlanden bestehenden Auslieferungsvertrags. Der Fall liegt insofern anders als der der Entsch. in RGSt. 60, 202, auf die sich die Rev. beruft; denn dort war ausgeliefert worden, ohne daß ein Vertrag zwischen Deutschland und dem ausliefernden Staate bestanden hätte. Art. 6 des deutsch-niederländischen Auslieferungsvertrags stellt den Grundsatz der Spezialität auf; d. h. der Ausgelieferte darf nicht wegen einer andern strafbaren Handlung abgeurteilt werden als derjenigen, die die Auslieferung begründet hat. Indessen gilt für die Frage, ob dieselbe Tat vorliege, nichts anderes, als was für das deutsche Strafrecht im § 264 StPO. bestimmt ist (RGSt. 33, 387). Nur die Einschränkung besteht, daß auch nach dem durch die Verhandlung dargetanen andern Sachverhalt und der danach gegebenen andern rechtlichen Beurteilung eine strafbare Handlung vorliegen müsse, bezüglich deren gleichfalls die Auslieferung hätte beantragt und bewilligt werden können (RGSt. 21, 180; 30, 445; 31, 430). In dem vorliegenden Falle ist aber auch die im Rahmen des § 264 StPO. abweichend vom Haftbefehl und dem Eröffnungsbeschluß festgestellte Tat des Angekl. ein Betrug, so daß jene Voraussetzung für die Zulässigkeit der Aburteilung gegeben ist. Es ist auch, wie das angefochtene Urteil ohne Rechtsirrtum feststellt, gerade der jetzt zur Grundlage der Verurteilung genommene Teil des Gesamttuns des Angekl. bereits in den Haftbefehl — die Grundlage des Auslieferungsverfahrens — mit aufgenommen worden, indem es hier heißt, der Angekl. habe F. 'bestimmt, ihm nach und nach 44 000 *RM* zur Ausbeutung des Patentes zu geben, die F. teils

unmittelbar aufgebracht habe, teils durch Aufnahme von Hypotheken auf Häusern eines Bekannten.

Indessen besteht nach Auslieferungsrecht noch eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit: daß nämlich die Tat auch in der veränderten Gestalt, die sie auf Grund der Hauptverhandlung aufweist, den Tatbestand begründe, den das ausländische Recht für die Bestrafung voraussetzt (RGSt. 29, 64; 31, 430).

Die Strafvorschrift des NiederlStGB. gegen Betrug enthält Art. 326. Hier sind, in starkem Gegensatz zu der Regelung des deutschen Rechtes, einzelne Formen — ausschließend — aufgezählt, in denen die Täuschung begangen worden sein muß. In Frage kommt für den vorliegenden Fall nur „een samenweefsel van verdichtsels“, wörtlich „ein Zusammenweben von Erdichtungen“, oder nach deutschem Sprachgebrauch ein Lügengewebe. Bei der von Hegler in der Vergl. Darst. des Strafrechts, Bes. Teil Bd. 7 S. 460 ff. gegebenen Darstellung der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift ist die in der Aufnahme dieser Begehungsform liegende Ausdehnung gegenüber der Regelung des französischen und des belgischen Code pénal (vgl. RGSt. 32, 126) vorgenommen worden, nachdem ein Regierungsvertreter ein dagegen geäußertes Bedenken durch den Hinweis darauf zerstreut hatte, es müsse die eine Lüge durch eine andere wahrscheinlich gemacht worden sein. Hiernach ist allerdings anzunehmen, daß eine einzige und einmalige Lüge, auch wenn sie Vermögensvorteil und Vermögensnachteil im Gefolge hatte, den Tatbestand des Betrugs nicht begründen würde, und daß das vielleicht noch weniger gelten könnte von einem Verschweigen der Wahrheit, selbst wenn eine Rechtspflicht zum Sprechen und Offenbaren bestünde. Die Rev. des Angekl. vermißt nun im angefochtenen Urteil Feststellungen dahin, daß ein Lügengewebe in diesem Sinn vorläge. Indessen mit Unrecht. Wenn auch schließlich für den Zeugen F. die vom Angekl. erweckte Vorstellung bestimmend war, der Angekl. werde den ganzen Kredit, also auch die fraglichen 10 000 RM, für das gemeinschaftliche Geschäft verwenden, und wenn auch die StrK. zu dem Ergebnis gekommen ist, daß bezüglich dessen, was an unwahren Angaben des Angekl. vorhergegangen war, ein Betrugstatbestand nicht nachweisbar sei, so ergeben doch die Feststellungen des Urteils, daß der Angekl. „von Anfang bis zum Ende mit falschen Vorspiegelungen gearbeitet hat“, daß „Lug und Trug das Merkmal seines ganzen geschäftlichen Gebarens gewesen ist“, im einzelnen: daß er u. a. dem F. vorspiegelte, er selbst werde 100 000 RM ins Geschäft einbringen, habe selbst bereits 32 000 RM eingeschossen, sei Alleininhaber des Patentes, müsse wöchentlich 1300 RM an Löhnen zahlen und eine bahnlagernde Ware mit 500 RM auslösen, und daß er den Zeugen B., den der mißtrauisch gewordene F. eigens zur persönlichen Nachschau nach München schickte, zu beschwatzen wußte. All das hat, wie erkennbar die StrK. angenommen hat, den Boden bereitet, auf dem dem Angekl. das schließlich allein als Betrug gewertete Vorgehen hinsichtlich der 10 000 RM, die Erregung eines Irrtums in F. in Beziehung hierauf, gelungen ist. Bei einer solchen Sachlage kann kein Bedenken gegen die Annahme bestehen, daß das Mittel zur Täuschung F.s ein „Lügengewebe“ gewesen ist. Ferner besteht kein Bedenken dagegen, daß auch nach dem niederländischen Rechte Betrug vorliegt für den Fall, daß nicht, wie die StrK. meint, F. der Geschädigte war, sondern A. Denn in der hierfür entscheidenden Frage ist die Rechtslage nach dem niederländischen StGB. nicht anders als nach dem deutschen Recht: es muß „jemand“ bewogen worden sein (was hier in Frage ist), eine Schuldverpflichtung einzugehen. Auch dafür ist es aber gleichgültig, ob die Schuldverpflichtung den A. traf und im Ergebnis auch belastete (also schließlich ihn im Vermögen beschädigte) oder mittelbar den F., wenn nämlich dieser rechtsverbindlich eine den A. durchaus sicherstellende Rückhaftung übernommen haben sollte.

(RG., 1. Sen., Urt. v. 30. Jan. 1931, 1 D 1387/30.)

*

4. § 54 DAusliefG. i. Verb. m. Art. 2 u. 9 des bayerisch-französischen Auslieferungsvertrages v. 29. Nov. 1869 (BayRegBl. S. 2283, 2281). Beachtung der Spezialität. Revisionsurteil. (Fall Günther.)

Die Rev. gegen das Urteil des SchwG. bei dem LG. Ansbach v. 6. Nov. 1930 wird verworfen; dem Angekl. werden die Kosten des Rechtsmittels auferlegt.

Da im Auslieferungsantrag des Untersuchungsrichters und in dem ihm beigegebenen Haftbefehl die Tat des Angekl. als Verbrechen des versuchten Mords in Tateinheit mit einem Verbrechen des versuchten Raubes beurteilt war, das angefochtene Urteil aber auf Totschlagsversuch, Körperverletzung und Raubversuch, in Tateinheit, lautet, kam in Frage, ob nach Auslieferungsrecht der Angekl. wegen eines solchen rechtlich anders gestalteten Verbrechens verurteilt werden durfte.

Der Prüfung dieser Frage steht nicht im Wege, daß der auf das deutsche Auslieferungsbegehren ergangene Bescheid der französischen Regierung nicht bei den Akten ist. Denn nach der Sachlage und dem Inhalt der am 12. März 1930 in Fez mit dem Angekl. aufgenommenen Niederschrift kann kein Zweifel daran bestehen, daß für die Auslieferung nicht eines der beiden im Antrag und im Haftbefehl genannten Verbrechen ausgenommen worden ist. Diese beiden Verbrechen gehören zu den auslieferungspflichtigen, die der Auslieferungsvertrag Bayerns mit Frankreich v. 29. Nov. 1869 nennt. Nun ist allerdings in dem angefochtenen Urteil an die Stelle von Mordversuch Totschlagsversuch getreten. Aber es handelt sich um dieselbe Tat, und bei beiden Arten von Verbrechen gegen das Leben liegt eine mit Tötungsvorsatz begangene Handlung vor, und der Auslieferungsvertrag zählt als Auslieferungsverbrechen sowohl den Mord wie den Totschlag auf.

Soweit das Urteil auf Körperverletzung lautet, war dieses Vergehen im Auslieferungsantrag und im Haftbefehl allerdings nicht genannt. Aber nach der Regelung des Auslieferungsrechts in dem genannten Vertrage bestehen keine Bedenken, auch wegen Körperverletzung zu verurteilen. Der im allgemeinen nach Art. 9 auch hier geltende Grundsatz der Spezialität ist im Abs. 2 für den Fall durchbrochen, daß das „andere Vergehen“ mit der Hauptanschuldigung im Zusammenhang steht und entweder einen erschwerenden Umstand der Hauptanschuldigung oder eine Verschärfung der ursprünglichen Anklage darstellt; vorausgesetzt nur, daß es sich um eine Verfehlung handle, die im Art. 2 als auslieferungspflichtig aufgeführt ist. Unter die hier aufgezählten Verfehlungen gehört auch die vorsätzliche Körperverletzung, allerdings nur, wenn sie wenigstens eine zwanzigtägige Krankheit oder persönliche Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte, das aber ist nach den Ausführungen des angefochtenen Urteils der Fall gewesen.

. . .

(RG., 1. Sen., Urt. v. 2. Mai 1931, 1 D 1328/30, IX 1923.)

2. Oberlandesgerichte.

Stettin.

5. § 1 DAusliefG. Ausländereigenschaft des Verfolgten als Voraussetzung der Auslieferung (Fall Freiter).

Die Auslieferung des Arbeiters S. F., geb. am 14. April 1903 in Bromberg als Sohn des F. und der M. geb. Sch., verheiratet seit dem 17. Juni 1929, zur Zeit in Strafhaft in der Strafanstalt in Sonnenburg, an die Republik Polen zum Zwecke der Strafvollstreckung aus dem Urteil der 2. StrK. des Bezirksgerichts in Bromberg v. 22. Okt. 1926 ist zulässig.

Der Verfolgte ist durch das vorbezeichnete, rechtskräftige und vollstreckbare Urteil wegen schweren Diebstahls im Rückfall und wegen einfachen Diebstahls in je einem Fall zu einer Gesamtstrafe von drei Jahren Zuchthaus und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von zehn Jahren verurteilt worden. Gleichzeitig ist auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt worden. Von dieser Strafe hat der Verfolgte nach dem Schreiben des StA. beim Bezirksgericht in Bromberg v. 23. Dez. 1929 durch Beschluß v. 19. Juli 1928 auf Grund des Amnestiegesetzes v. 22. Juni 1928 ein Drittel der Strafe erlassen erhalten und von der verbleibenden Reststrafe von zwei Jahren fünf Monate und fünf Tage verbüßt. Der Verfolgte bestreitet diesen Sachverhalt nur insofern, als er behauptet, von der erwähnten Reststrafe bereits elf oder zwölf Monate verbüßt zu haben. Doch kann dies auf sich beruhen bleiben, da der Verfolgte jedenfalls einen erheblichen, noch nicht verjährten Strafrest aus dem Urteil v. 22. Okt. 1926 zu verbüßen hat. Um ihn zu vollstrecken, hat die polnische Gesandtschaft in Berlin durch Verbalnote v. 28. Febr. 1930 die Auslieferung des Verfolgten beantragt. Bei seiner richterlichen Vernehmung v. 24. April 1930 hat sich der Verfolgte mit seiner Auslieferung nicht einverstanden erklärt. Bedenken gegen ihre Zulässigkeit bestehen jedoch nicht.

Die deutsche Reichsangehörigkeit besitzt der Verfolgte auf Grund des Art. 91 VV. i. Verb. m. dem am 30. Aug. 1924 in Wien unterzeichneten deutsch-polnischen Abkommen über Staatsangehörigkeits- und Optionsfragen (RGBl. 1925, II, 33) nach den vorhandenen Unterlagen nicht. Er ist zwar früher Deutscher gewesen, hat aber auf Grund des Art. 91 Abs. 1 VV. ohne weiteres unter Verlust der deutschen die polnische Staatsangehörigkeit erworben, da er seinen Wohnsitz in einem Polen zuerkannten Gebiete hatte, nämlich in der Stadt Bromberg. Nach Deutschland ist der Verfolgte erst im Jahre 1927 gekommen. Eine Option für Deutschland gemäß Art. 91 a. a. O. ist nicht erfolgt, auch ein Antrag auf Einbürgerung bisher nicht gestellt worden. Alles dies gibt der Verfolgte selbst zu. Der Auslieferung steht im übrigen nicht entgegen, daß der Woiwode in Posen durch Verfügung v. 13. Dez. 1929, Tgb. Nr. 36972/29/I, dem Verfolgten das polnische Bürgerrecht entzogen hat. Der Hinweis des Verfolgten auf diese Verfügung dringt deshalb nicht durch, weil sich aus ihr nur ergibt, daß der Verfolgte anscheinend auch die polnische Staatsangehörigkeit nicht mehr besitzt und demnach staatenlos wäre. Die Auslieferung eines Staatenlosen ist aber ebenfalls zulässig (vgl. Fraustädter § 1 Anm. 4; Mettgenberg Anm. 20).

Danach liegen die Voraussetzungen der §§ 1, 5 DAusliefG. vor. Aber auch alle übrigen positiven und negativen Voraussetzungen für die Auslieferung nach den §§ 2, 3, 4 und 6 DAusliefG. sind gegeben. Hervorzuheben ist, daß die Gegenseitigkeit verbürgt ist und daß in dieser Beziehung im Hinblick auf die Bekanntmachung über den deutsch-polnischen Rechtshilfsverkehr in Strafsachen und über die Veröffentlichung von Fahndungsersuchen im deutschen und polnischen

Fahndungsblatt v. 2. Jan. 1926 (RGBl. 1926, II, 89) auch keine Zweifel für den Fall auftauchen, daß der Verfolgte als Staatenloser anzusehen ist (§ 4 Ziff. 1 DAuslieſG.). Ebensowenig bestehen Bedenken bezüglich der Wahrung des im § 6 DAuslieſG. aufgestellten Grundsatzes der Spezialität, da nach einer vom Senat eingeholten Auskunft die polnische Regierung der deutschen Gesandtschaft in Warschau gegenüber aus anderem Anlasse für ihre künftigen Aus- und Durchlieferungsanträge eine dem § 6 DAuslieſG. entsprechende allgemeine Erklärung abgegeben hat.

Danach war die Auslieferung für zulässig zu erklären, ohne daß auf das weitere Vorbringen des Verfolgten eingegangen zu werden brauchte. Denn dieses betrifft nicht die Voraussetzungen, die das AuslieſG. in den §§ 1—6 an den Ausspruch der Zulässigkeit der Auslieferung knüpft und die allein der Senat zu prüfen hat.

(OLG. Stettin, FerStrSen., Beschl. v. 13. Sept. 1930, 2 ER 39/30.)

*

Dresden.

6. § 1 DAuslieſG. **Ausländereigenschaft des Verfolgten als Voraussetzung der Auslieferung (Fall Korber).**

Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem OLG. Dresden wird die Auslieferung des am 28. Febr. 1895 in Schaffhausen (Schweiz) geborenen Geschäftsreisenden L. K., zur Zeit in Auslieferungshaft bei dem AG. Leipzig, an die Regierung des Staates Österreich zur Strafverfolgung wegen der im Haftbefehl des Bezirksgerichts Bregenz v. 26. Febr. 1931 bezeichneten Straftaten für zulässig erklärt.

K. ist Ausländer. Seine Behauptung, daß er deutscher Staatsangehöriger sei, ist durch die angestellten Ermittelungen nicht bestätigt, sondern widerlegt worden. K.s Vater war bis zum 15. April 1919 Ausländer und ist erst an diesem Tage durch Einbürgerung in den Staat Baden deutscher Staatsangehöriger geworden. Daraus ergibt sich, daß der beschuldigte K. die deutsche Staatsangehörigkeit nicht durch Geburt erworben haben kann. Denn bei seiner Geburt — 28. Febr. 1895 — war der Vater K.s Ausländer, wahrscheinlich Österreicher. Der beschuldigte K. hat die deutsche Staatsangehörigkeit auch nicht durch Einbürgerung erworben. Die Einbürgerung seines Vaters in Baden hat für den Beschuldigten nicht den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zur Folge gehabt, denn er war damals bereits über 16 Jahre alt, so daß seine Einbürgerung nur auf seinen eigenen Antrag hätte erfolgen können (§ 7 Abs. 2 RStAngehG. v. 22. Juli 1913). Einen solchen Antrag hat er aber damals nicht gestellt. Ebensowenig ist seine Annahme begründet, daß er durch seinen Dienst im deutschen Heere die deutsche Staatsangehörigkeit erworben habe. Er hat zwar in der Zeit v. 29. Dez. 1918 bis zum 23. Febr. 1920, also länger als ein Jahr, in verschiedenen deutschen Heeresverbänden aktiv gedient. Dadurch war für ihn an sich die Möglichkeit gegeben, durch Einbürgerung nach § 12 RStAngehG. die deutsche Staatsangehörigkeit zu erwerben. Es ist aber nach den Ermittelungen kein Anhalt dafür vorhanden, wird auch von ihm selbst nicht behauptet, daß er den dazu erforderlichen Antrag auf Einbürgerung gestellt hat. Überdies fehlte es an der nach §§ 12, 8 Abs. 1 Ziff. 2 RStAngehG. auch für die Einbürgerung von Heeresangehörigen erforderlichen Voraussetzung eines unbescholtenen Lebenswandels. Denn nach dem Stammrollenauszug endete K.s Dienst im deutschen Heere dadurch, daß er von seinem Truppenteil in Untersuchungshaft eingeliefert wurde, und später ist er zu Strafe verurteilt worden. Ob er, wie sein Vater angegeben hat, und wie auch seinem vorliegenden Heimatsschein und Reisepaß zu entnehmen ist, österr. Staatsangehöriger durch Abstammung ist, oder ob er die österr. Staatsangehörigkeit nie besessen oder, wie er neuerdings behauptet hat, später verloren hat, kann dahingestellt bleiben. Denn wenn er die österr. Staatsangehörigkeit heute nicht — nachweisbar — besitzt, so könnte das nur die Folge haben, daß er als Staatenloser anzusehen ist. Ein Staatenloser ist aber nach dem DAuslieſG. ebenso Ausländer wie der Angehörige eines fremden Staates. Somit bestehen gegen die Annahme, daß der beschuldigte K. Ausländer ist, keine Bedenken.

Die Straftaten, wegen deren die Auslieferung begehrt wird, sind nicht asylwürdig, da sie weder politisch sind, noch mit solchen irgendwie zusammenhängen (§ 3 DAuslieſG.).

Hinsichtlich der Taten ist die Gegenseitigkeit der Auslieferung durch die deutsch-österr. Vereinbarung zur vorläufigen Regelung des Rechtshilfeverkehrs in Strafsachen v. 5. Juli 1930 und 1. Aug. 1930 (RGBl. 1930, II, 1211) verbürgt (§ 4 Ziff. 1 DAuslieſG.). Auch ist der Grundsatz der Spezialität i. S. des § 6 DAuslieſG. in dem genannten Abkommen vom ersuchenden Staat anerkannt und Gewähr für seine Anwendung gegeben.

Sämtliche Taten, wegen deren Auslieferung begehrt wird, sind nach dem Rechte des ersuchenden Staates „Verbrechen" des Betrugs nach §§ 197, 200, 203 ÖstStGB. und nach dem deutschen Recht „Vergehen" des Betrugs nach § 263 StGB. (§ 2 Abs. 1 DAuslieſG.). Sie sind nach dem Rechte beider Staaten nicht nach Militärgesetzen strafbar und nicht nur mit einer Vermögensstrafe bedroht (§ 2 Abs. 2 DAuslieſG.).

Hinderungsgründe i. S. des § 4 Ziff. 2 und 3 DAuslieſG. liegen nicht vor.

Der Haftbefehl des Bezirksgerichts Bregenz v. 26. Febr. 1931, der die Taten, derentwegen Auslieferung begehrt wird, im einzelnen kennzeichnet, ist vorgelegt worden. Dieses Gericht ist eine zum Erlaß solcher Haftbefehle zuständige Gerichtsbehörde des ersuchenden Staates (§ 5 DAuslieſG.). Das Auslieferungsersuchen ist von dem dazu zuständigen österr. Bundesministerium für Justiz in Wien gestellt worden (Abschn. I der deutsch-österr. Vereinbarung über den Geschäftsverkehr in Auslieferungssachen v. 18. Juni 1930).

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Beschl. v. 2. April 1931, 2 OSt Reg. 144/31.)

*

Hamburg.

7. § 1 DAuslieſG. **Ausländereigenschaft des Verfolgten als Voraussetzung der Auslieferung. Deutsch-polnisches Abkommen über Staatsangehörigkeits- und Optionsfragen v. 30. Aug. 1924 (Fall Sagorski).**

Die Auslieferung des angeblich polnischen Staatsangehörigen E. S. wird für unzulässig erklärt. Die Anordnung der Auslieferungshaft wird aufgehoben.

Die Auslieferung des Beschuldigten ist deshalb unzulässig, weil der Beschuldigte die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.

E. S. ist am 18. Mai 1901 in Jamen, Kreis Karthaus, geboren, wo seine Eltern damals schon einige Jahre wohnten und bis zum Frühjahr 1922 ihren Wohnsitz behalten haben.

Ob der Beschuldigte die deutsche Staatsangehörigkeit behalten hat, entscheidet sich nach dem deutsch-poln. Abkommen v. 2. Febr. 1925 (RGBl. II, 33).

Nach Art. 7 § 1 dieses Abkommens hat der Beschuldigte, da er in dem an Polen abgetretenen Gebiet von Eltern geboren ist, die zur Zeit seiner Geburt in diesem Gebiet ihren Wohnsitz hatten, die poln. Staatsangehörigkeit erworben. Er ist jedoch, wie er angibt und wie von dem Amt Pomeiske in Pommern bestätigt worden ist, schon vor den Optionsverhandlungen, nämlich schon Ende 1919, aus Jamen verzogen und in Pomeiske in Pommern ansässig geworden, wo er verschiedenen Beschäftigungen nachgegangen ist, und ist von da an bis zum Jahre 1929, wie er glaubhaft angibt, nur einmal zu vorübergehendem Aufenthalt, nämlich zu kurzem Besuch seiner Eltern, nach Polen zurückgekehrt. Es trifft also auf ihn die Vorschrift des Art. 17 des Abkommens zu; er hat als optionsfähige Person (die Optionsfähigkeit hatte er mit dem 18. Mai 1919 erlangt) vor dem 11. Jan. 1922, Polen unter Umständen verlassen, aus denen sich die Absicht der Auswanderung ergibt. Er war freilich zur Zeit seiner Niederlassung in Pomeiske noch minderjährig, konnte aber mit Genehmigung seines Vaters seinen Wohnsitz in Jamen aufgeben und einen neuen Wohnsitz in Pomeiske begründen. Diese Genehmigung des Vaters lag ersichtlich vor, denn sein Vater hatte ihn selbst nach Pomeiske geschickt, und seine Eltern haben im Frühjahr 1922 für Deutschland optiert und sind selbst nach Pomeiske gezogen. Die Option für den Beschuldigten wurde nicht mehr für erforderlich gehalten, weil er schon nicht mehr im abgetretenen Gebiet wohnhaft oder aufhaltsam war, und diese Option war auch in der Tat nach der angezogenen Bestimmung des Abkommens nicht erforderlich.

Daß, als der Beschuldigte Jamen verließ und in Pomeiske seinen Wohnsitz nahm, die Absicht der Auswanderung vorlag, ist nach dem Gesagten nicht zu bezweifeln.

Unter diesen Umständen kann es unerörtert bleiben, ob der Beschuldigte nicht auch nach Art. 7 § 2c die deutsche Reichsangehörigkeit behalten hat. Nach dieser Vorschrift muß das Verlassen des Gebiets zwischen dem 10. Jan. 1920 und dem 10. Juli 1924 geschehen sein, während der Beschuldigte es schon vor dem 10. Jan. 1920 verlassen hatte. Die Anwendung dieser Bestimmung mag danach zweifelhaft sein. Jedenfalls aber trifft die Vorschrift des Art. 17 zu.

Es mag bemerkt werden, daß auch der Untersuchungsrichter zu Tarnow selbst in seinem Schreiben v. 31. Okt. 1930 erklärt, S. scheine deutscher Staatsangehöriger zu sein.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 26. Febr. 1931, St O A 19/30.)

*

Dresden.

8. § 2 Abs. 1 DAuslieſG. **Strafbarkeit der Tat als Verbrechen oder Vergehen nach deutschem Recht ist Voraussetzung der Auslieferung (Fall Lehrfeld).** †)

Die von der kgl. ungar. Gesandtschaft in Berlin nachgesuchte Auslieferung des am 26. März 1900 in Budapest geborenen Friseurs D. L., zur Zeit in Düsseldorf in Strafhaft, zum Zwecke der Strafverfolgung wegen der im Haftbefehle des kgl. Gerichtshofes für

---

Zu 8. Die Entsch. gelangt zu einem kriminalpolitisch unbefriedigenden Ergebnis, obwohl gegen sie vom Standpunkte des Auslieferungsrechts (vgl. § 2 Abs. 1), vorausgesetzt, daß die Tat nach innerstaatlichem Recht eine Übertretung darstellt, Einwendungen nicht zu erheben sind. In dieser Beziehung widerspricht sie aber der in Schrifttum und Rspr. herrschenden Meinung (LpzKomm. Anm. 4 zu § 363; Olshausen, Anm. 6b zu § 363; Frank, I. 2, Abs. 2 zu § 363; RG.: GoltdArch. 62, 348), die zutreffend die von § 363 StGB. geforderte Absicht, daß

Strafsachen in Budapest v. 22. Juli 1930 und in dem Berichte des Präs. der kgl. Staatsanwaltschaft Budapest v. 17. Okt. 1930 bezeichneten Straftat wird gemäß § 2 Abs. 1 DAusliefG. v. 23. Dez. 1929 für nicht zulässig erklärt.

L., der nach Annahme des Haftbefehls russ. Staatsangehöriger, nach seiner eigenen Angabe aber Pole, jedenfalls nicht Deutscher ist, hat sich mit seiner Auslieferung nach Ungarn nicht einverstanden erklärt, sondern ihr mit der Behauptung widersprochen, daß er wegen der ihm zur Last gelegten Straftat bereits i. J. 1929 vom LG. II in Wien zu sechs Monaten Kerker verurteilt worden sei und diese Strafe auch verbüßt habe.

Nach dem Haftbefehl soll L. im Frühjahr 1928 zu Budapest einen gewissen A. M. durch Überredung vorsätzlich angestiftet haben, den durch die kgl. ungar. Oberstadthauptmannschaft in Budapest unter der Zahl 894 929/4776 auf den Namen G. G. ausgestellten Reisepaß auf seinen Namen „D. L." zu verändern, sonach eine echte öffentliche Urkunde durch Veränderung des Inhalts zu verfälschen. Dies hat L. zugestanden.

Die um die Auslieferung ersuchende Behörde erblickt in diesem Sachverhalt ein **Verbrechen** der Fälschung einer öffentlichen Urkunde i. S. von §§ 391, 392 des Gesetzartikels V vom Jahre 1878 i. Verb. m. § 69 StGB., das ihrer Meinung nach dem nach §§ 267, 268 Ziff. 2 bzw. 270 und 48 DtschStGB. strafbaren Verbrechenstatbestand entspricht. Das Vorliegen des privilegierten Sondertatbestandes des § 363 DtschStGB. glaubt sie ablehnen zu müssen, weil die Fälschung des Reisepasses nur dem Zwecke des Auszuliefernden gedient habe, um ungehindert die Landesgrenze überschreiten und sich als Taschendieb im Auslande zu betätigen, nicht aber in der Absicht vorgenommen worden sei, um Behörden oder Privatpersonen zum Zwecke des eigenen besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines anderen zu täuschen.

Dieser Rechtsauffassung vermag der Senat nicht beizutreten. Vielmehr erscheint L. nur verdächtig, durch die von ihm veranlaßte Verfälschung und den wissentlichen Gebrauch des Reisepasses wider §§ 363, 48 DtschStGB. verstoßen, damit aber eine als **Übertretung** i. S. von § 1 Abs. 3 DtschStGB. zu beurteilende Straftat begangen zu haben, deren Verfolgung nach deutschem Rechte in drei Monaten verjährt (§ 67 Abs. 3 DtschStGB.).

Da nach § 2 Abs. 1 DAusliefG. die Auslieferung nur wegen einer Tat zulässig ist, die nach deutschem Rechte ein Verbrechen oder Vergehen ist, so kann dem Auslieferungsantrag nicht stattgegeben werden.

(OLG. Dresden, 1. Sen., Beschl. v. 30. Dez. 1930, 1 OSt Reg. 518/30.)

*

Hamburg.

9. §§ 2 Abs. 1, 29 DAusliefG. **Strafbarkeit der Tat nach deutschem Recht als Voraussetzung der Auslieferung (Fall Schwimmer).**

Die Auslieferung des poln. Staatsangehörigen A. A. (recte Sch.) an die poln. Regierung wird für **nicht** zulässig erklärt. Der Haftbefehl wird aufgehoben.

Die Frage der Zulässigkeit der Auslieferung, die durch einen früheren Beschluß dieses Gerichts bejaht worden ist, unterliegt der erneuten Prüfung, wenn Umstände eintreten, die sie als zweifelhaft erscheinen lassen, und wenn vom Staatsanwalt oder von dem Verfolgten auf neuerliche Entscheidung angetragen wird (§ 29 Abs. 1 DAusliefG.).

Der Generalstaatsanwalt hat diesen Antrag unter dem 7. Febr. 1931 gestellt. In den Eingaben des Verteidigers v. 9. und 11. Febr. sind Anträge des gleichen Inhalts zu erblicken.

Der mit der Verbalnote der poln. Gesandtschaft v. 29. Jan. 1931 mitgeteilte Bericht des Kreiskommandos der Staatspolizei in Stanislau v. 8. Mai 1930 enthält eine ausführliche Darstellung der dem Verfolgten zur Last gelegten einzelnen Verfehlungen. Der tatsächliche Inhalt dieses Berichts rechtfertigt eine von dem früheren Beschluß abweichende rechtliche Beurteilung des Sachverhalts, welche die Voraussetzungen des § 29 des Ges. als gegeben erscheinen läßt.

Nach dem deutschen Strafgesetz fordert das Verbrechen der Urkundenfälschung die Fälschung oder Verfälschung einer Urkunde und das Gebrauchmachen davon zum Zwecke der Täuschung (§§ 267 ff. StGB.). Daß die mit Nummern versehenen Einlaßkarten für das amerikanische Generalkonsulat zu Warschau nach deutschem Rechte die Eigenschaft von Urkunden besitzen sollten, ist nicht ersichtlich. Der mitgeteilte Sachverhalt ergibt auch nicht, daß der Verfolgte die betreffenden Personen über die Echtheit getäuscht hätte. Weiter setzt das Vergehen des Betruges nach deutschem Gesetz neben der Absicht des Täters, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, die Erregung eines Irrtums voraus, durch den sich der Getäuschte zu einer Vermögensdisposition bestimmen läßt. Nach dem mitgeteilten Bericht soll zwar die angeblich geschädigte D. M. die Überzeugung gewonnen haben, daß sie einem Betruge zum Opfer gefallen sei; doch ergibt der Bericht nicht, daß der Verfolgte in dieser Zeugin oder einer der weiter namhaft gemachten Personen einen Irrtum erregt hätte. Weiterhin fehlt es auch an einer Darlegung der auf die Erlangung eines widerrechtlichen Vermögensvorteils gerichteten Absicht. Danach ist die Handlungsweise des Verfolgten nach deutschem Rechte nicht als Verbrechen oder Vergehen zu beurteilen (§ 2 Abs. 1 DAusliefG.). Da die Verbalnote der poln. Gesandtschaft v. 29. Jan. 1931, welcher der genannte Bericht angeschlossen ist, die Antwort auf die Verbalnote des Auswärtigen Amtes v. 19. Dez. 1930 darstellt, in dieser aber die gesetzlichen Merkmale der deutschen Strafvorschriften mitgeteilt worden sind, muß angenommen werden, daß die übermittelte Darstellung den Sachverhalt auch in dieser Richtung erschöpft, das Vorliegen der aufgeführten Tatbestandsmerkmale mithin ausschließt.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 16. Febr. 1931, St OA 14/30.)

*

10. §§ 2 Abs. 1, 4 Nr. 2 DAusliefG. **Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat als Voraussetzung der Auslieferung (Fall Cipcic).**

Die Auslieferung des am 17. März 1898 in Kljuc (Jugoslawien) geborenen M. C. an die Regierung des Königreichs Jugoslawien wird für zulässig erklärt.

Die jugoslawische Regierung hat um die Auslieferung des genannten C. ersucht. Die Staatsanwaltschaft zu Sibenik beschuldigt ihn, in Sacramento in Kalifornien, wo er Pfarrer war, einen Betrag von etwa 7000 Dollars (USA.), der von Angehörigen der dortigen römisch-katholischen Gemeinde zum Bau von Kirche, Pfarrhaus und Schule gesammelt und ihm als Pfarrer anvertraut war, unterschlagen (veruntreut) zu haben. C., der mit dem unterschlagenen Gelde in seine Heimat Kljuc geflüchtet war, ist wegen der Tat angeklagt, jedoch vom Kreisgericht Sibenik freigesprochen worden; aber der Septemviralhof in Zagreb hat das freisprechende Urteil annulliert und die Erneuerung der Verhandlung angeordnet. C. ist nach der Freisprechung auf freien Fuß gesetzt unter der Abnahme des Versprechens, sich aus seinem Aufenthaltsort Kljuc nicht zu entfernen. Er hat dies Versprechen gebrochen und sich nach Deutschland begeben. Darauf ist vom Gericht angeordnet, daß er wieder in Haft zu nehmen sei. C. will während seines Aufenthalts in Kalifornien die amerikanische Staatsangehörigkeit erworben haben. Es kann das auf sich beruhen. Auch wenn es richtig wäre, hat er jedenfalls die jugoslawische Staatsangehörigkeit nicht verloren. Das Kreisgericht in Sibenik hat am 27. Sept. 1929 diese Frage geprüft und dahin entschieden, daß nach jugoslawischem Recht C., auch wenn er die amerikanische Staatsangehörigkeit erworben hätte, dadurch die jugoslawische nicht verloren haben würde; es hat den Antrag des C., nach Kalifornien ausgeliefert zu werden, abgelehnt mit Rücksicht darauf, daß auch nach jugoslawischem Recht eigene Staatsangehörige wegen im Ausland verübter Straftaten nicht ausgeliefert werden. Es ergibt sich hieraus zugleich, daß nach jugoslawischem Recht, wie nach deutschem Recht, jugoslawische Staatsangehörige auch wegen im Ausland begangener Straftaten bestraft werden können.

Die Tat selbst ist nach jugoslawischem Recht als Verbrechen des Unterschleifs (Unterschlagung) oder Veruntreuung strafbar. Dem nach jugoslawischem Recht bestehenden Antragserfordernis ist dadurch ge-

---

der Täter mit Hilfe der gefälschten Urkunde sich günstigere Aussichten für sein Fortkommen habe eröffnen wollen, für nicht vorliegend erachtet, wenn die Fälschung als Mittel zur Vornahme von strafbaren Handlungen dienen sollte. So aber stellt sich der Sachverhalt nach den Darlegungen der ersuchenden Regierung dar. Der Verfolgte wollte nicht allein die polizeilichen Kontrollvorschriften umgehen (RGSt. 58, 75) und auf diese Weise sein Fortkommen sich erleichtern; er strebte vielmehr vor allem danach, sich mit Hilfe des verfälschten Reisepasses die Möglichkeit zur Begehung von Taschendiebstählen zu verschaffen. Deshalb findet § 363 StGB. auf seine Handlung keine Anwendung.

Der Auszuliefernde hatte geltend gemacht, daß seine Auslieferung unzulässig sei, weil er wegen der Tat, die das Auslieferungsersuchen veranlaßt habe, vom LG. Wien (nach der Sachlage: von einem Gericht eines dritten Staates) bereits verurteilt sei und diese Strafe verbüßt habe. Von seinem Standpunkte aus konnte das OLG. diesen Einwand unerörtert lassen. Denn er gewinnt nur Bedeutung, wenn die verfolgte Tat nach deutschem Recht ein auslieferungsfähiges Delikt darstellt. Die Auffassung des Verfolgten ist aber unzutreffend. Er ist, weil er zur Paßfälschung angestiftet und selbst von dem verfälschten Paß Gebrauch gemacht hat, Anstifter und Täter hinsichtlich derselben Verfehlung (vgl. RGSt. 59, 28) und diese einheitliche Tat ist (bei der nach § 4 Nr. 2 anzustellenden Prüfung) so anzusehen, als ob sie vom Verfolgten sowohl im Gebiete des Deutschen Reichs wie auch im Auslande begangen wäre. Die im Ausland erlittene Bestrafung würde jedoch die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens wegen der im Inlande verübten Ausführungshandlungen nicht hindern, da das ausländische Strafurteil diese Handlungen nicht mit berücksichtigen und den inländischen Strafanspruch nicht beseitigen konnte (vgl. RGSt. 32, 57; 59, 10). Durch das Urteil des LG. Wien wäre mithin (die aufgestellten Behauptungen als zutreffend unterstellt) nach deutschem Recht die Strafklage nicht verbraucht und folglich nach § 4 Nr. 2 die Auslieferung nicht unzulässig.

OJR. Dr. Dörffler, Berlin.

nügt, daß die Geschädigten sich aus Sacramento an die Staatsanwaltschaft in Sibenik gewendet und um Bestrafung des C. nachgesucht haben. Außerdem liegt ein formeller Strafantrag des RA. Dr. V. S. in Sibenik vor, der in Vertretung des Kirchenausschusses in Sacramento gestellt ist. Gegen die Vertretungsbefugnis des genannten RA. bestehen keine Bedenken.

Nach deutschem Recht ist die Tat als Unterschlagung oder Untreue (§§ 246, 266 Nr. 2 StGB.) strafbar.

Bedenken gegen die Auslieferung bestehen nicht. Die Erfordernisse der Gegenseitigkeit und des § 6 DAuslfG. sind durch Verbalnote der jugoslawischen Gesandtschaft in Berlin erfüllt.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 26. Jan. 1931, St O A 15/30.)

*

Stuttgart.

11. §§ 2 Abs. 2, 25 Abs. 2 DAuslfG. **Strafbarkeit der Tat nach deutschem Recht ist Voraussetzung der Auslieferung (Fall Richter).**

Die Auslieferung des am 15. April 1893 in Wien geborenen österr. Staatsangehörigen H. R., Kaffeesieder (bzw. zuletzt als Kaufmann bezeichnet), bis 8. Juli 1931 Strafgefangener im Landesgefängnis Rottenburg, wird bezüglich des Verbrechens der Veruntreuung i. S. der §§ 183, 184 ÖstStGB. für zulässig, dagegen bezüglich des Vergehens der fahrlässigen Krida i. S. des § 486 Ziff. 1 und 2 ÖstStGB. für unzulässig erklärt. Soweit die Auslieferung für zulässig erklärt wird, wird die Auslieferungshaft gegen den Beschuldigten angeordnet.

Der Beschuldigte ist, wie er nicht bestreitet, österr. Staatsangehöriger. Durch Urt. des Landesgerichts für Strafsachen Wien I v. 13. Febr. 1930 wurde der damals in Wien wohnhafte Beschuldigte wegen Vergehens der fahrlässigen Krida i. S. des § 486 Ziff. 1 und 2 ÖstStGB. und wegen eines Verbrechens der Veruntreuung i. S. der §§ 183, 184 ÖstStGB. unter Anwendung der §§ 35 und 55 ÖstStGB. zur Strafe des schweren Kerkers in der Dauer von fünf Monaten verurteilt. Das Verbrechen der Veruntreuung wurde darin erblickt, daß der Beschuldigte in den Jahren 1927 und 1928 in Wien unter Eigentumsvorbehalt der Verkäufer bis zur vollständigen Bezahlung gekaufte Gegenstände vor Zahlung der Kaufpreise im eigenen Interesse veräußerte oder verpfändete.

Der Beschuldigte ging in der Folge flüchtig, weshalb am 30. April 1931 Haftbefehl gegen ihn erging, und wohnte zuletzt in Stuttgart, Färberstraße 4. Hier wurde er am 11. März 1931 wegen Betrugs verhaftet und durch Urteil des SchöffG. Stuttgart I v. 8. Mai 1931 wegen Betrugs zu der Gefängnisstrafe von drei Monaten 15 Tagen verurteilt, welche er bis 8. Juli 1931 im Landesgefängnis Rottenburg verbüßt. Das österr. Bundesministerium für Justiz hat die Auslieferung des Beschuldigten beantragt. Der Beschuldigte hat sich zu richterlichem Protokoll des AG. Stuttgart I mit der Auslieferung einverstanden erklärt. Die Staatsanwaltschaft hat aber eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung beantragt (§ 25 Abs. 2 DAuslfG.). Die Auslieferung ist nur wegen des Verbrechens der Veruntreuung zulässig, indem der hierzu festgestellte Sachverhalt den Tatbestand des § 246 zweiten Fall des DtschStGB. erfüllt. Dagegen ist die Auslieferung wegen des Vergehens der fahrlässigen Krida i. S. des § 486 Ziff. 1 und 2 ÖstStGB. nach § 2 Abs. 2 DAuslfG. unzulässig, da der hierzu festgestellte Sachverhalt nach deutschem Rechte überhaupt nicht strafbar ist; insbes. trifft auch § 240 Ziff. 1 und 2 KO. nicht zu.

Da der Beschuldigte sich dem Vollzug des Urteils durch die Flucht entzogen hat, besteht die Gefahr, daß er sich nach seiner Entlassung aus der derzeitigen Strafhaft der Durchführung der Auslieferung entziehen wird, und es ist daher gemäß §§ 10 ff. DAuslfG. die Anordnung der Auslieferungshaft wegen der Veruntreuung geboten.

(OLG. Stuttgart, StrSen., Beschl. v. 29. Mai 1931, A L Nr. 4.)

*

Dresden.

12. §§ 2 Abs. 2, 4 Nr. 2 DAuslfG. **Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat nach deutschem Recht ist Voraussetzung der Auslieferung (Fall Schwarz).** [1]

Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem OLG. Dresden wird die Auslieferung des am 26. Mai 1901 in Ostrowa bei Przemysel (Polen) geborenen Handelsangestellten H. S., zur Zeit in Strafhaft in der Gefangenenanstalt I in Waldheim, an die Regierung des Staates Österreich zur Strafverfolgung wegen des im Haftbefehl des Landesgerichts für Strafsachen Wien I v. 5. Juni 1929 näher bezeichneten Verbrechens der Verhehlung i. S. der §§ 214, 215 ÖstStGB. für zulässig erklärt.

S. ist Ausländer. Er ist nach den Angaben im genannten Haftbefehl nach Ostrowa Bez. Przemysel in Polen heimatszuständig. Nach seiner eigenen Angabe hat er aber die poln. Staatsangehörigkeit verloren. Dann würde er jetzt staatenlos sein. Ob diese Angabe richtig ist, kann dahingestellt bleiben, da nach den vorhandenen Unterlagen feststeht, daß er auf jeden Fall weder die deutsche Reichs- noch eine inländische Staatsangehörigkeit besitzt.

Die Straftat, deretwegen die Auslieferung begehrt wird, ist nicht asylwürdig, da sie weder politischer Natur ist, noch mit politischen Taten irgendwie zusammenhängt (§ 3 DAuslfG.).

Hinsichtlich der Tat ist die Gegenseitigkeit der Auslieferung durch die deutsch-österr. Vereinbarung zur vorläufigen Regelung des Rechtshilfeverkehrs in Strafsachen v. 15. Juli 1930 und 1. Aug. 1930 (RGBl. 1930, II, 1211) verbürgt (§ 4 Ziff. 1 DAuslfG.). Auch ist der Grundsatz der Spezialität i. S. des § 6 DAuslfG. in diesem Abkommen vom ersuchenden Staat anerkannt und Gewähr für seine Anwendung gegeben.

Die Straftat, wegen der jetzt um Auslieferung ersucht wird, ist nach dem Recht des ersuchenden Staats ein „Verbrechen" der Verhehlung nach §§ 6, 214, 215 ÖstStGB. und nach deutschem Recht ein „Vergehen" der Fremdbegünstigung nach § 257 Abs. 1 StGB. (§ 2 Abs. 1 DAuslfG.). Allerdings ist nach der herrschenden Meinung in der deutschen Rspr., die auch vom Senat geteilt wird, Fremdbegünstigung nach deutschem Recht straflos, wenn sie zugleich Selbstbegünstigung darstellt. Das setzt aber voraus, daß der Begünstiger wenigstens auch seine eigene Begünstigung durch seine Tat bezweckt (RGSt. 63, 233 ff. und 373 ff.). Diese Absicht gleichzeitiger Selbstbegünstigung hat aber nach den vorliegenden Unterlagen dem Beschuldigten S. ferngelegen bei seiner Aussage vor dem Untersuchungsrichter des Straflandesgerichtes Wien I am 14. Juli 1925, durch die er sich des Verbrechens der Verhehlung schuldig gemacht haben soll. Denn nach dem im Haftbefehl v. 5. Juni 1929 wiedergegebenen Inhalt der Aussage hat er seine Teilnahme an der Vortat, wegen der er kurz vorher bereits verurteilt worden war, nicht geleugnet, sondern zugegeben und nur die Teilnahme des ihm gegenübergestellten vermutlichen Mittäters K. in Abrede gestellt. Daraus ist zu entnehmen, daß er nur die Begünstigung K.s bezweckte und sich nicht gleichzeitig selbst der Strafverfolgung wegen der Vortat entziehen wollte.

Die Tat, deretwegen Auslieferung begehrt wird, ist nach dem Recht beider Staaten nicht nach den Militärgesetzen strafbar und nicht nur mit einer Vermögensstrafe bedroht (§ 2 Abs. 2 DAuslfG.).

Hinderungsgründe i. S. des § 4 Ziff. 2 und 3 DAuslfG. liegen auch nicht vor. Insbes. steht nach der Entscheidung, die das RG. in dieser Sache am 27. April 1931 gemäß § 27 Abs. 2 DAuslfG. auf Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem OLG. Dresden erlassen hat, und die für den Senat nach dem 3. Absatz dieser Gesetzesbestimmung bindend ist, die Rechtskraft des Urteils des Landesstrafgerichts I zu Wien v. 3. Okt. 1925, durch das S. wegen der in Frage stehenden Tat freigesprochen worden war, der Auslieferung nicht entgegen, da das Verfahren inzwischen durch rechtskräftige Entscheidung der zuständigen ausländischen Behörde wieder aufgenommen worden ist. Ob die Wiederaufnahme auch nach deutschem Strafverfahrensrecht zulässig gewesen sein würde, ist nach der Ansicht des RG. nicht zu prüfen, weil nach § 4 Abs. 2 DAuslfG. als Gründe, welche der Auslieferung entgegenstehen, nur solche in Frage kommen, die den materiellen Strafanspruch berühren. Deshalb kann der Umstand, daß in Deutschland die Wiederaufnahme nicht hätte zugelassen werden dürfen, die Auslieferung nicht hindern.

Eine Verjährung der Strafverfolgung ist nach dem Recht beider Staaten nicht eingetreten. Die Verjährungsfrist, die an sich nach deutschem Recht mit dem 13. Juli 1930 abgelaufen wäre, ist durch richterliche Handlungen, die wegen der in Frage stehenden Tat gegen den Beschuldigten S. gerichtet waren, nämlich die Haftbefehle des Straflandesgerichts I in Wien v. 19. April und 5. Juni 1929 nach dem Recht beider Staaten wirksam unterbrochen worden (§ 68 DtschStGB. und §§ 227, 228 ÖstStGB.).

Der Haftbefehl des Landesgerichts für Strafsachen Wien I v. 5. Juni 1929, der die Tat, deretwegen Auslieferung begehrt wird, im einzelnen kennzeichnet, ist vorgelegt worden. Dieses Gericht ist eine zum Erlaß solcher Haftbefehle zuständige Gerichtsbehörde des ersuchenden Staates (§ 5 DAuslfG.). Das Auslieferungsersuchen ist von der dazu zuständigen österr. Gesandtschaft in Berlin gestellt worden (§ 1 DAuslfG. und das im SächsJMBl. 1920, 141 veröffentlichte Abkommen über vorläufige Regelung des deutsch-österr. Rechtsverkehrs).

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Beschl. v. 12. Juni 1931, 2 OSt Reg. 332/31.)

*

Königsberg.

13. §§ 3, 4 Nr. 1, 6, 25, 26, 28 DAuslfG. **Politisches Asyl. Unzulässigkeit der Prüfung der Schuldfrage im Verhältnis zu Litauen. Sicherung der Gegenseitigkeit und der Spezialität als Voraussetzungen der Auslieferung (Fall Bartusis).**

a) Die Auslieferung des litauischen Staatsangehörigen Landarbeiters J. B. nach Litauen wird für zulässig erklärt.

Die litauische Gesandtschaft in Berlin hat bei der Reichsregierung die Auslieferung des litauischen Staatsangehörigen J. B. nach Litauen beantragt. Sie hat beglaubigte Abschrift eines Beschlusses des Untersuchungsrichters des Bezirks Siaulei v. 14. Juni 1927 und be-

[1] Vgl. die Entscheidung des RG. oben Nr. 1 und den Beschluß des OLG. Dresden v. 25. Juli 1930: JW. 1931, 253.

glaubigte Abschrift eines Haftbefehls der Kriminalabteilung des Bezirksgerichts zu Siauliei v. 12. Jan. 1928 vorgelegt. Danach ist gegen B. in Siauliei ein Gerichtsverfahren eröffnet, weil er am 25. Jan. 1927 zusammen mit einer zweiten Person im Walde von Tauragé beim Schmuggeln betroffen, auf diejenigen Personen, die ihn und seine Tatgenossen zum Zwecke der Festnahme verfolgten, mehrere Schüsse aus einem Revolver abgegeben hat. Dieserhalb ist gegen ihn auf Grund der §§ 49, 51 und 53 des Strafstatuts und § 14 des besonderen Gesetzes über den Schutz des Staates Haftbefehl erlassen.

Gegen die Annahme, daß J. B. die litauische Staatsangehörigkeit besitzt, bestehen keine Bedenken. Er hat sich selbst als litauischer Staatsangehöriger bezeichnet.

Nach deutschem Recht würde der Versuch eines Verbrechens gegen § 214 StGB. vorliegen.

Es besteht kein Anhalt für die Annahme, daß die Tat eine politische ist oder mit einer politischen Tat im Zusammenhang steht.

Nach deutschem Recht würde die Strafverfolgung wegen der Tat infolge Verjährung oder Gnadenerlasses oder aus anderen Gründen nicht unzulässig sein. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist für die Tat nicht begründet.

Nach der Erklärung des Herrn preuß. JustMin. v. 2. Okt. 1930 findet der Auslieferungsverkehr mit Litauen auf der Grundlage tatsächlicher Gegenseitigkeit statt; die formelle Gegenseitigkeit ist verbürgt. Die litauische Regierung hat zugesichert, daß seitens der litauischen Gerichte der Grundsatz der Spezialität gewahrt werden wird.

B. selbst hat seiner Auslieferung widersprochen. Er hat bestritten, die ihm zur Last gelegte Straftat begangen zu haben, und will von der ganzen Angelegenheit überhaupt nichts wissen. Er behauptet, daß seitens der litauischen Regierung seine Auslieferung nur begehrt werde, weil er militärdienstpflichtig sei, weil er sich an dem sog. Tauroggener Putsch beteiligt habe, weil er sozialdemokratische Literatur verbreitet habe und Waffenschmuggel betrieben haben solle. Das Auslieferungsbegehren hätte nur politische Gründe.

Ob seine Angaben, daß er nicht schuldig sei, richtig sind, ist von den litauischen Gerichten nachzuprüfen. Eine Nachprüfung der Schuldfrage steht den deutschen Gerichten nicht zu. Vor der Verfolgung wegen politischer Straftaten wird B. durch die Zusicherung der Spezialität geschützt. Das Vorbringen des B. ist somit nicht geeignet, seine Auslieferung unzulässig erscheinen zu lassen.

(OLG. Königsberg, 2. StrSen., Beschl. v. 20. Nov. 1930, As 10/30, 16.)

b) Der StrSen. hat nach abermaliger Prüfung der Sachlage zur Änderung seines Beschlusses v. 20. Nov. 1930 keine Veranlassung gefunden.

Daß der Verdacht des Schmuggelns nicht, wie es B. tut, gänzlich von der Hand zu weisen ist, ergibt seine Aussage bei der Polizei in Tilsit v. 28. Sept. 1929, in der er selbst angegeben hat, daß er dem Schmugglergewerbe nachgegangen sei. Auch hat er seinem früheren Dienstherrn, dem Besitzer A. E. in Galbrasten erzählt, er sei aus Litauen geflüchtet, da er wegen Schmuggelns bestraft worden sei.

Vor der Verfolgung wegen anderer Straftaten, insbes. politischer Art, wird B. durch die Zusicherung der Spezialität geschützt.

(OLG. Königsberg, 2. StrSen., Beschl. v. 29. Jan. 1931, As 10/30.)

c) Der StrSen. hat nach abermaliger Prüfung der Sachlage zu einer Änderung seiner Beschlüsse v. 20. Nov. 1930 und v. 29. Jan. 1931 keine Veranlassung gefunden.

Die Auslieferung des J. B. ist für zulässig erklärt wegen einer Straftat, die er am 25. Jan. 1927 im Walde Tauragé begangen haben soll. Den vorliegenden Akten ist nicht zu entnehmen, daß diese dem B. zur Last gelegte Straftat eine politische ist oder daß sie mit einer politischen Tat im Zusammenhange steht.

B. gibt zu, Flugblätter politischen Inhalts über die deutsche Grenze nach Litauen geschmuggelt zu haben. Diese Tat ist eine politische. Er gibt aber weiter an, daß er diesen Schmuggel erst nach dem sog. Tauroggener Putsch, und zwar anfangs des Jahres 1928 begangen habe. Er hat erklärt, daß der Flugblattschmuggel mit der ihm zur Last gelegten Straftat v. 25. Jan. 1927 nichts zu tun habe. Er bestreitet nach wie vor, sich an dem letztgenannten Tage an einem Schmuggel beteiligt zu haben.

(OLG. Königsberg, 2. StrSen., Beschl. v. 11. Juni 1931, As 10/30.)

*

Hamburg.

14. § 4 Nr. 1 DAuslief G. Verbürgung der Gegenseitigkeit als Voraussetzung der Auslieferung (Fall Szerman). [1])

Gemäß §§ 8 Abs. 2, 37 Abs. 2 DAusliefG. wird die Auslieferung des i. J. 1890 in Pulawy geborenen H. S. und die Herausgabe der in seinem Besitz vorgefundenen Gegenstände an den poln. Staat für unzulässig erklärt.

[1]) Vgl. unten Nr. 22.

Die beschlossene Auslieferungshaft und die Beschlagnahme der im Besitze vorgefundenen Gegenstände werden aufgehoben.

S. ist in Pulawy in Polen geboren zu einer Zeit, als dieser Ort noch zu Rußland gehörte. Es ist deshalb davon auszugehen, daß er mit der Geburt russischer Staatsangehöriger geworden ist. Nach einer Mitteilung des Kreisstarosten in Pulawy an das Untersuchungsamt der Stadt Warschau v. 21. Mai 1931 soll S. allerdings die polnische Staatsangehörigkeit besitzen. Aus welchem Grunde das der Fall sein soll, ergibt die Auskunft jedoch nicht. Sie erwähnt nur, daß S. in den Standesbüchern der Stadt Pulawy eingetragen sei, womit annehmbar die dem deutschen standesamtlichen Geburtsregister entsprechenden Bücher gemeint sind. Mit diesem Eintrage kann aber die polnische Staatsangehörigkeit S.s nicht bewiesen werden. Es hätte vielmehr der Darlegung bedurft, wodurch S., der nach seinen glaubhaften Angaben i. J. 1912 von Rußland ausgewandert ist, sich bis zum Jahre 1928 in Frankreich und (seit 1914) in England aufgehalten und sich erst 1928 nach dem Gebiete des jetzigen poln. Staates begeben hat, nach seiner Geburt die poln. Staatsangehörigkeit erworben haben soll. An dieser Darlegung fehlt es. Der Beweis der poln. Staatsangehörigkeit wird insbes. nicht damit erbracht, daß S. sich vor seiner letzten Abreise aus Warschau um die Erlangung eines Auslandspasses bemüht haben soll (Schreiben des Chefs der Kriminalpolizeidienstzentrale an den Leiter des Kriminalamts Hamburg v. 20. Febr. 1931). S. hat dann übrigens erklärt, daß er sich zwar um einen Paß bemüht habe, daß ihm der Paß aber verweigert worden sei, weil er kein Pole sei. Er hat weiter angegeben, daß ihm mit der gleichen Begründung i. J. 1929 die Aufnahme seines Kindes in die poln. Volksschule verweigert worden sei, weshalb er das Kind zu einer Privatlehrerin geschickt habe.

Es ist deshalb davon auszugehen, daß S. entweder noch russischer Staatsangehöriger oder — wie er behauptet — staatenlos ist. Dann steht aber seiner Auslieferung der Umstand entgegen, daß die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist (§ 4 Nr. 1 DAusliefG.). Insoweit wird verwiesen auf die Verbalnoten des deutschen Auswärtigen Amtes an die poln. Gesandtschaft in Berlin v. 30. April 1931 und 30. Mai 1931 [2]). Die darin zur Verbürgung der Gegenseitigkeit mit Recht geforderten Erklärungen sind in der Antwort der poln. Gesandtschaft (Verbalnote v. 18. Juni 1931) nicht abgegeben worden.

Da die Auslieferung hiernach nicht zulässig ist, dürfen auch die im Besitze S. vorgefundenen Gegenstände nicht herausgegeben werden.

Ist aber die Herausgabe unzulässig, so müssen auch die Auslieferungshaft und die Beschlagnahme aufgehoben werden.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 2. Juli 1931, St O A 5/31, O VIII 37/31.)

*

Köln.

15. § 9 DAusliefG. Örtliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts (Fall Franck).

In der Auslieferungssache gegen den staatenlosen H. E. F., geboren am 6. Sept. 1904 zu Maison-Alfort (Frankreich), zur Zeit unbekannten Aufenthalts, wegen Mordversuchs und schweren Diebstahls, hat auf den Antrag des Generalstaatsanwalts in Köln, gegen den Beschuldigten die Auslieferungshaft anzuordnen, der StrSen. des OLG. in Köln in der Sitzung v. 28. Febr. 1931 beschlossen: Der Senat ist zum Erlaß der beantragten Maßnahme nicht zuständig.

Die Voraussetzungen des § 9 DAusliefG. liegen nicht vor. Der Beschuldigte ist im Bezirke des OLG. Köln weder ergriffen, noch auch ermittelt worden. Als sein letzter Aufenthalt ist Nancy (Frankreich) bekannt. Der Umstand, daß der Beschuldigte sich früher einmal, und zwar lange Zeit vor Eingang des Auslieferungsersuchens von Januar bis März 1930 vorübergehend in Aachen aufgehalten hat, kann die Zuständigkeit des Senats nicht begründen.

(OLG. Köln, StrSen., Beschl. v. 28. Febr. 1931, 12 A L 15/31.)

*

Stuttgart.

16. § 9 DAusliefG. Örtliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts (Fall Gacnik). †)

In dem Verfahren wegen Auslieferung des am 4. Febr. 1906 in

[2]) In diesen Noten hat das Auswärtige Amt die poln. Regierung darauf hingewiesen, daß sie in einem früheren Falle die Auslieferung eines in Deutschland verfolgten tschechosl. Staatsangehörigen an Deutschland mit dem Bemerken abgelehnt habe, daß dieser auf Grund der zwischen Polen und der Tschechoslowakei bestehenden Gegenseitigkeit an die tschechosl. Behörden zwecks Strafverfolgung wegen der in den Unterlagen des deutschen Auslieferungsantrags aufgeführten Straftaten ausgeliefert werden würde. Das Auswärtige Amt hat daher die poln. Regierung um die Erklärung gebeten, daß sie in Zukunft bereit sei, Anträgen der deutschen Regierung auf Auslieferung auch dann zu entsprechen, wenn der Verfolgte einem dritten Staate angehört oder staatenlos ist.

Zu 16. Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit im § 9 ist eine in sich geschlossene und deshalb ist die Frage, wann eine Er-

St. Leonhard, Bez. Marilor (Jugoslawien), geborenen ledigen Schuhmachers J. G., zur Zeit Strafgefangener im württ. Landesgefängnis Rottenburg, an die schweizerische Regierung auf Grund Ersuchens der Polizeiabteilung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements v. 26. Dez. 1930 wird die örtliche Unzuständigkeit des OLG. Stuttgart ausgesprochen.

Der Verfolgte, dessen Aufenthalt im Inland zuvor nicht ermittelt war, ist am 8. Dezember 1930 in Konstanz wegen im Inland begangener strafbarer Handlungen vorläufig festgenommen worden. Er befindet sich seither im Gewahrsam deutscher Strafverfolgungsbehörden. Mit seiner Ergreifung in Konstanz ist nach § 9 DAusliefG. die örtliche Zuständigkeit des OLG. Karlsruhe und der dortigen Staatsanwaltschaft für die Bearbeitung des Auslieferungsbegehrens begründet worden. Das Gesetz unterscheidet, ebenso wie in § 9 StPO., nicht, aus welchem Grunde die Ergreifung bewirkt worden ist. Es ist deshalb unerheblich, daß sie nicht zum Zwecke der Durchführung des Auslieferungsbegehrens geschehen ist (vgl. RGSt. 4, 7). Die durch die erstmalige Ergreifung begründete örtliche Zuständigkeit wird durch einen späteren Wechsel des Aufenthaltsorts nicht mehr berührt.

Aber auch wenn man davon ausgeht, daß eine Ergreifung zum Zwecke der Durchführung des Auslieferungsbegehrens erfolgt sein müsse, wäre das OLG. Karlsruhe zuständig. Mit Schreiben v. 2. Jan. 1931 hat die Staatsanwaltschaft beim OLG. Stuttgart die Staatsanwaltschaft Konstanz ersucht, den damals auf Grund eines Haftbefehls des AG. Konstanz im dortigen Gerichtsgefängnis befindlichen G. bis zum Erlaß des Auslieferungshaftbefehls vorläufig festzuhalten. Es war also in diesem Zeitpunkt der Aufenthalt des Verfolgten in Konstanz für das Auslieferungsverfahren „ermittelt". Die erst am 29. Jan. 1931 erfolgte Vernehmung des schon vorher in Konstanz ergriffenen oder jedenfalls ermittelten Verfolgten durch das AG. Tettnang änderte nichts mehr an der örtlichen Zuständigkeit des OLG. Karlsruhe.

(OLG. Stuttgart, StrSen., Beschl. v. 23. März 1931, AuslListe 1/31.)

*

Berlin.

17. §§ 9, 10 DAusliefG. **Wirksamkeit der Auslieferungshaft, die von dem zunächst zuständigen Gericht angeordnet worden ist, auch für das Verfahren nach Ermittlung des Verfolgten (Fall Biernacki).**

Auf Grund des § 9 Abs. 3 DAusliefG. sind vom RG. der StA. beim OLG. Stettin und das OLG. Stettin als zur Bearbeitung der vorliegenden Sache zunächst zuständig bestimmt worden. Der Verfolgte konnte später auf Grund des vom GeneralStA. in Stettin erlassenen Steckbriefs in Potsdam festgenommen werden, so daß für das weitere Verfahren der StA. beim KG. und das KG. zuständig wurden (§ 9 Abs. 1, 3 DAusliefG.). Das KG. hat folgenden Beschluß erlassen:

Auf den Antrag des GeneralStA. bei dem KG. in Berlin v. 24. Jan. 1931 in II 125 Nr. 5/31 wird die Auslieferung des poln. Staatsangehörigen Seemann F. B. aus Hohensalza (Inowroclaw), geboren am 14. Sept. 1901 zu Hohensalza (Inowroclaw) in Polen, jetzt in dem Gerichtsgefängnisse zu Potsdam, an die Regierung der poln. Republik zur Strafverfolgung wegen der Beschuldigung, am 8. Okt. 1924 auf dem öffentlichen Wege Hohensalza (Inowroclaw)—Latkow mit Gewalt gegen die Person des S. S. diesem eine Tasche und eine Uhr mit Kette in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, weggenommen zu haben, Verbrechen gegen §§ 249, 250 Abs. 3 StGB. für zulässig erklärt.

Die poln. Gesandtschaft zu Berlin hat durch die Verbalnote v. 6. Aug. 1930 um Auslieferung des wegen der oben bezeichneten Straftat verfolgten Seemanns F. B. zur Strafverfolgung ersucht. Die Tat ist nach deutschem Rechte ein Verbrechen (§§ 249, 250 Abs. 3 StGB.). Der wegen der Tat erlassene Haftbefehl des Bezirksgerichts in Hohensalza (Inowroclaw) v. 16. Dez. 1924, 7 J 1122/24, ist vorgelegt. Die von dem Verfolgten bei seiner gerichtlichen Vernehmung am 19. Jan. 1931 erhobenen Einwände stehen der Zulässigkeit seiner Auslieferung nicht entgegen. — Insbes. bestehen an seiner poln. Staatsangehörigkeit keine Zweifel; er hat nach seiner eigenen Erklärung für die deutsche Reichsangehörigkeit nicht optiert (Art. 91 VV.). Bedenken gegen die Zulässigkeit der Auslieferung aus §§ 2 ff. DAusliefG. bestehen nicht.

Von der beantragten Anordnung der Auslieferungshaft hat der Senat Abstand genommen, weil das OLG. Stettin durch Beschluß v. 23. Okt. 1930 bereits die Auslieferungshaft angeordnet hat und eine Wiederholung für das weitere Verfahren (§ 9 Abs. 3 DAusliefG.) nicht erforderlich ist.

(KG., 2. StrSen., Beschl. v. 31. Jan. 1931, 2 W A 8/31.)

*

Hamm.

18. § 10 DAusliefG. **Voraussetzungen der vorläufigen Auslieferungshaft (Fall Großmann-Bleicher).**

Auf Antrag des GeneralStA. in Hamm v. 22. Mai 1931, gegen den Kaufmann F. G.-B., geboren am 15. Sept. 1879 in Zurawno in Galizien, nach eigener Angabe Österreicher, nach Angabe im Haftbefehl des Präsidenten der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und das Burgenland v. 6. Mai 1931 poln. Staatsbürger, die vorläufige Auslieferungshaft zu beschließen, hat der StrSen. des OLG. in Hamm beschlossen: Der Antrag wird abgelehnt.

Es besteht nach Ansicht des Senats keine Gefahr, daß sich G.-B. dem Auslieferungsverfahren oder der Durchführung der Auslieferung entziehen werde, da er im Besitz eines ordnungsmäßigen Passes ist, sich bei der zuständigen Polizeibehörde in Wien nach seiner Übersiedlung nach Deutschland ordnungsmäßig abgemeldet hat und während seines Aufenthalts in Deutschland bei der zuständigen Behörde gemeldet gewesen ist, da ferner seine Ehefrau der Heimatbehörde seinen Aufenthalt in Deutschland mitgeteilt hat und da endlich sein Rechtsbeistand sich verpflichtet hat, ihm im Falle seiner Entlassung aus dem Polizeigewahrsam eine Fahrkarte für die Eisenbahn-

---

greifung vorliegt, nach rein auslieferungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beantworten. Es genügt nicht, daß die Ergreifung, d. h. die rechtmäßige erste Freiheitsentziehung, zum Zwecke der inländischen Strafverfolgung oder Strafvollstreckung erfolgt ist; vielmehr muß sie stattgefunden haben, um einen Ausländer, der von der Behörde eines ausländischen Staates wegen einer strafbaren Handlung verfolgt wird oder verurteilt worden ist, der ausländischen Gerichtsbarkeit zu überliefern (vgl. Mettgenberg S. 282). Daß dies die Absicht des Gesetzgebers ist, folgt daraus, daß auch im § 9 der Begriff „der Verfolgte" in dem in § 1 erläuterten Wortsinne zu verstehen ist, ergibt sich zudem unzweideutig aus der Bestimmung des § 9 Abs. 2. Der Gerichtsstand des Zusammenhangs (§ 9 Abs. 2) setzt nämlich voraus, daß mehrere Personen, die wegen Täterschaft, Teilnahme, Begünstigung oder Hehlerei bei derselben Tat ausgeliefert werden sollen, in den Bezirken mehrerer OLG. ergriffen oder ermittelt sind. Eine Ergreifung, die nicht zum Zwecke der Auslieferung erfolgt ist, begründet also keine Prävention und da Abs. 2 des § 9 in engstem Zusammenhang mit der Vorschrift des Abs. 1 steht, ist auch Abs. 1 dahin zu verstehen, daß die Ergreifung des Verfolgten zum Zwecke der Auslieferung stattgefunden haben muß. Daß die Ergreifung gerade wegen der *verfolgten* Auslieferungstat geschehen ist, ist in den Fällen des Abs. 1 nicht erforderlich. Die durch eine Ergreifung (Ermittelung) begründete Zuständigkeit ist vielmehr für alle Auslieferungstaten des Verfolgten gegeben, vorausgesetzt, daß das Ersuchen um Auslieferung wegen einer anderen Tat zu einer Zeit gestellt ist, in der der Verfolgte in der früheren Auslieferungssache noch nicht in Freiheit gesetzt war. Nur in den Fällen des Abs. 2 kommt es darauf an, daß mehrere Beteiligte wegen *derselben* Tat verfolgt werden und ihretwegen ergriffen oder ermittelt sind. Bei dieser Regelung bleibt übrigens der Zweifel offen, ob, wenn mehrere Personen wegen derselben Tat als Täter usw. verfolgt werden, aber nur einer von ihnen ergriffen oder ermittelt ist, der StA. oder das OLG., die zuerst mit der Sache befaßt werden, die Verfolgung auch des nichtergriffenen oder nichtermittelten Teilnehmers, der im Inlande sich aufhalten soll, zu übernehmen hat. Nach dem Sinne des Gesetzes wird dies zu bejahen sein, da nicht anzunehmen ist (vgl. auch § 143 Abs. 2 GVG. und § 21 StPO.), daß auch in diesen Fällen eine Entscheidung des RG. darüber herbeizuführen ist, welche örtliche Gerichtsbehörde die Verfolgung des nichtermittelten Teilnehmers zunächst aufzunehmen hat. Das Gesetz ist so zu verstehen, als ob im Abs. 1 hinter den Worten „der Verfolgte" die Worte „oder bei mehreren wegen derselben Tat Verfolgten einer von ihnen" eingefügt wären.

Das Ergebnis ist: Im Bezirk des OLG. Karlsruhe war nicht der allgemeine Gerichtsstand der Ergreifung, sondern der subsidiäre Gerichtsstand der Ermittlung begründet, weil festgestellt ist, daß der Verfolgte in Konstanz sich aufhielt.

De lege ferenda erscheint es angezeigt, das RG. von den zahlreichen Zuständigkeitsbestimmungen nach § 9 Abs. 3 Satz 1 zu befreien. Daraus, daß die Zuständigkeitsvorschriften der Abs. 1 und 2 auch für die Anordnung der Auslieferungshaft oder der vorläufigen Auslieferungshaft und die sonstigen Haftentscheidungen gelten (vgl. §§ 11, 21, 23), ergibt sich zur Zeit, daß die steckbriefliche Verfolgung eines Verfolgten, dessen Aufenthalt nicht bekannt ist, erst aufgenommen werden kann, nachdem das RG. den StA. und das OLG. bestimmt hat, welche die Sache zunächst zu bearbeiten, insbes. die Haftanordnung zu treffen haben. Die wirksamste Verfolgungshandlung (andere Maßnahmen wie polizeiliche Fahndung, Niederlegung eines Suchvermerks lassen sich immerhin mit Hilfe des § 143 Abs. 2 GVG. bewerkstelligen) setzt also voraus, daß die LJV. via RJM. — ORA. zunächst einmal das RG. bemüht. Daß dieser Weg unpraktisch ist, wird man wohl kaum in Abrede nehmen können. Zur vorläufigen Bearbeitung könnte nach dem Vorbilde z. B. des Art. 9 des deutsch-luxemb. Auslieferungsvertrags der StA. und das OLG. für zuständig erklärt werden, in deren Bezirk nach den Mitteilungen, die der ausländischen Regierung zugegangen sind, der Aufenthalt des Verfolgten zu vermuten ist.

OJR. Dr. Dörffler, Berlin.

fahrt nach Wien und ausreichendes Zehrgeld zu geben und ihn persönlich zur Bahn zu bringen.

Es liegen auch keine Tatsachen vor, aus denen zu schließen sei, daß G.-B. in dem gegen ihn schwebenden Strafverfahren die Wahrheitsermittelung erschweren werde.

Da hiernach die Voraussetzungen des § 10 DAuslief G. nach Ansicht des Senats nicht gegeben sind, war der Antrag abzulehnen.

(OLG. Hamm, StrSen., Beschl. v. 23. Mai 1931, I 171 e/5.)

*

Karlsruhe.

19. § 10 DAusliefG. i. Verb. m. Art. 1, 6, 7 des deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrags v. 24. Jan. 1874 (RGBl. 113, 119, 120). Voraussetzungen der Auslieferungshaft. Tatverdacht ist im Verhältnis zu der Schweiz keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Auslieferungshaft (Fall Mück).†)

Die Einwendung des Verfolgten gegen den Auslieferungshaftbefehl v. 31. Dez. 1930 wird als unbegründet zurückgewiesen. Die Auslieferung des Verfolgten wegen der in diesem Haftbefehl genannten strafbaren Handlungen an die Schweiz wird für zulässig erklärt.

Bei der Staatsanwaltschaft Aarau ist gegen den am 7. Sept. 1894 in Basel geborenen Architekt und Vertreter K. M. ein Strafverfahren wegen Betrugs anhängig. Er ist beschuldigt, den Hotelier A. H. zum Sternen in Ennetbaden auf betrügerische Weise bestimmt zu haben, ihm und seiner Familie im Oktober 1930 kreditweise Kost und Wohnung im Wertbetrage von 506,85 Fr. zu gewähren und ihn in diesem Umfange geschädigt zu haben, ferner den Dr. J. in Baden in der Schweiz betrügerisch bestimmt zu haben, seine Familienangehörigen ärztlich zu behandeln und die Arztrechnung im Betrage von 30 Fr. zu kreditieren.

Der StA. des Kantons Aargau hat wegen dieser Straftaten Haftbefehl gegen M. erlassen (§ 5 DAusliefG.).

Die Polizeiabteilung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements Bern hat die Auslieferung M.s an die Schweiz beantragt.

Der Senat hat am 31. Dez. 1930 gegen M. Auslieferungshaftbefehl erlassen. Bei seiner Vernehmung durch das AG. Lörrach, bei dem er sich in anderer Sache in Haft befindet, hat der Verfolgte hinsichtlich beider Straftaten die Betrugsabsicht bestritten und unter diesem Gesichtspunkt gegen den Auslieferungshaftbefehl Einwendung erhoben. Sie ist als unbegründet zurückzuweisen, weil das deutsche Auslieferungsrecht im Gegensatz zum angelsächsischen Prinzip einen gewissen Grad von Schuldverdacht bei der Auslieferung nicht voraussetzt (vgl. Mettgenberg, zu § 26 DAusliefG. Anm. 87 S. 335, Anm. 10 S. 138/39 und Anm. 58 S. 252/53), im Verhältnis zur Schweiz auf Grund des deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrags v. 24. Jan. 1874 auch die Gegenseitigkeit in dem Sinne verbürgt ist, daß auch die Schweiz nicht im Verkehre mit Deutschland bei Auslieferungen einen gewissen Grad von Schuldnachweis fordert (§ 4 Ziff. 1 DAusliefG.), was Deutschland zu gleichartigem Verfahren der Schweiz gegenüber veranlassen müßte (vgl. Art. 1, 7 deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrag von 1874).

Der Verfolgte hat auch die Zustimmung zur Auslieferung mit der Begründung verweigert, er habe im Lörracher und Schönauer Bezirke Geschäfte eingeleitet, die ihm eine Einnahme von 2000 *RM* sicherten. Dieser Einwand liegt völlig außerhalb der Voraussetzungen der Zulässigkeit der Auslieferung und kann diese deshalb nicht in Frage stellen, wie Art. 6 des genannten Auslieferungsvertrags zudem besonders ausspricht.

Da im übrigen die schweiz. Staatsangehörigkeit des Verfolgten nach der übereinstimmenden Erklärung der Schweizerbehörde und des Verfolgten feststeht, ferner die Strafbarkeit der zur Last gelegten Handlungen nach deutschem Rechte als Vergehen des Betrugs (§ 263 StGB.) und nach schweiz. Rechte als Vergehen und Verbrechen (§§ 160, 161, 163 des peinlichen Strafgesetzes für den Kanton Aargau), ebenso im Hinblick auf Art. 1 Nr. 13 und Art. 6 deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrags den Charakter der Handlungen als Straftaten, wegen deren die Auslieferung zugesichert ist, außer Frage stehen, war die Auslieferung des Verfolgten an die Schweiz für zulässig zu erklären.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 9. Jan. 1931, AuslTab. 8/30.)

*

Hamburg.

20. § 18 Abs. 2 DAusliefG. Dauer der vorläufigen Auslieferungshaft (Fall Krämer). †)

Nachdem das Ersuchen der ungar. Regierung um Auslieferung des Beschuldigten A. K. am 11. März 1931 eingegangen ist, wird die Fortdauer der Auslieferungshaft gegen ihn angeordnet.

Der Beschluß, durch den die vorläufige Auslieferungshaft des K. angeordnet ist, ist v. 9. Febr. 1931; er ist dem Beschuldigten am 11. Febr. 1931 zugestellt. Da erst am 11. März 1931 das Auslieferungsersuchen bei dem OLG. eingegangen ist, so war zu prüfen, ob die Monatsfrist des § 18 Abs. 2 DAusliefG. gewahrt ist. Das ist zu bejahen.

Zu 19. Die Erwägung, daß das deutsche Recht die Prüfung nicht erfordere, ob gegen den Verfolgten der behauptete Schuldverdacht bestehe, gestattet noch nicht, dem Auslieferungsbegehren zu entsprechen; es muß hinzukommen, daß der ersuchende Staat mit Rücksicht auf eine vertragliche Bindung oder seine eigene Gesetzgebung ebenfalls verpflichtet ist, in eine Prüfung der Schuldfrage nicht einzutreten (vgl. meine Anm. JW. 1931, 255). Das ist nach schweiz. Recht aber der Fall. Auch nach dem schweiz. AusliefG. hat die Schuldfrage allein das ersuchende Land zu beurteilen, und es kann der Verfolgte sich seiner Auslieferung aus der Schweiz nicht mit der Behauptung widersetzen, daß er die ihm zur Last gelegte Handlung nicht begangen habe oder in einem niederen Grade schuldig sei, als die ersuchende Behörde es annehme (vgl. Langhard S. 99). Solche tatsächlichen Einwendungen bleiben bei der Entschließung des Bundesrats über die Bewilligung der Auslieferung unberücksichtigt (Art. 22 SchweizAusliefG.). Dem Bundesgericht steht die Entscheidung nur zu, wenn der Verfolgte Einwendungen erhebt, die sich „auf das gegenwärtige Gesetz (das SchweizAusliefG.), auf den Staatsvertrag oder eine Gegenrechtserklärung stützen" (Art. 23) und Einwendungen, welche den behaupteten Schuldverdacht leugnen, werden nicht als solche angesehen, die gegen die Anwendbarkeit des Staatsvertrages sich richten (vgl. hinsichtlich des Rechtszustandes vor dem Erlaß des AusliefG.: Lammasch S. 631).

Der deutsch-schweiz. Auslieferungsvertrag verlangt bei einigen Delikten, so beim Betruge (Art. 1 Ziff. 13; vgl. auch Ziff. 9 und 12), daß die Handlung „nach der Gesetzgebung der vertragenden Teile als Verbrechen oder Vergehen strafbar" ist, und diese Klausel ist nach der Rspr. des RG. (RGSt. 36, 348) dahin zu verstehen, daß der ersuchte Staat zur Auslieferung nur verpflichtet sei, wenn die übereinstehende Anwendbarkeit der Strafgesetze beider Länder auf die verfolgte Handlung in allen Einzelheiten ausdrücklich feststeht (vgl. auch Cohn S. 16). Die Entscheidung läßt die hiernach erforderliche Erörterung, ob die Tatbestandsmerkmale des Betruges nach deutschem und schweiz. Recht nicht nur in den wesentlichen Hauptpunkten, sondern in allen Einzelheiten übereinstimmen, nicht in Erscheinung treten. Zwar kann von einem der Vertragsstaaten eine Auslieferung auch dann bewilligt werden, wenn die vertraglichen Vereinbarungen nicht erreicht werden. Die Bewilligung einer übervertraglichen Auslieferung ist jedoch an die Voraussetzung geknüpft, daß in dieser Beziehung die Gegenseitigkeit in einer ergänzenden Vereinbarung besonders zugesichert ist.

OJR. Dr. Dörffler, Berlin.

Zu 20. 1. Die Entsch., zu der auf den Beschluß des KG. v. 22. Nov. 1930 (JW. 1931, 256[16] = HöchstRRspr. 1931 Nr. 397 = GoltdArch. 75, 55) und des RG. v. 8. Jan. 1931 (JW. 1931, 250[2a] = RGSt. 65, 79 = HöchstRRspr. 1931 Nr. 873 = DRZ. 1931 Nr. 151) zu verweisen ist, zeigt, welche erhebliche praktische Bedeutung[1]) der Frage zukommt, wann nach voraufgegangener vorläufiger Festnahme die Frist des § 18 Abs. 2 DAusliefG. zu laufen beginnt. Immer deutlicher wird, daß der Rechtsausschuß des RT., der bekanntlich die in der Regierungsvorlage vorgesehenen Haftfristen um die Hälfte (von zwei und vier auf ein und zwei Monate) herabgesetzt hat (vgl. Begr. des Gesetzentwurfs zu §§ 10—23 und die Niederschrift über die 13. Sitzung v. 26. Febr. 1929 S. 4; Mettgenberg S. 311, 487), die reibungslose Abwickelung des zwischenstaatlichen Rechtshilfeverkehrs wesentlich erschwert hat, und der vorl. Beschluß bestärkt mich in der bereits JW. 1931, 742 geäußerten Ansicht, daß der Meinungsstreit zweckmäßig nur durch eine Gesetzesänderung gelöst werden kann: die Dauer der vorl. Auslieferungshaft muß verlängert, ihr Beginn sollte auf den Tag der Festnahme zurückverlegt werden.

Der Senat ist der Auffassung von Mettgenberg (S. 311) gefolgt, daß die einmonatliche Frist des § 18 Abs. 2 mit dem im § 13 Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt beginne. Daß hiergegen Bedenken bestehen, habe ich bereits in JW. 1931, 742 angedeutet. § 13 Abs. 1, der nahezu wörtlich mit § 114 Abs. 3 StPO. übereinstimmt, handelt von der Bekanntmachung des Haftbefehls. Dieser ist, wenn er in Anwesenheit des Verfolgten ergeht, mündlich, sonst durch Zustellung bekanntzumachen (§§ 35, 37 StPO.; § 47 DAusliefG.). Diese besteht in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift des Haftbefehls, wozu noch die Verpflichtung des Zustellungsbeamten tritt, dem Verfolgten, der nicht auf freiem Fuße sich befindet, das zugestellte Schriftstück auf Verlangen vorzulesen. Von der Bekanntmachung, insbes. der Zustellung, die bei der Verhaftung ja nur vorgenommen werden kann, wenn (was regelmäßig nicht der Fall sein wird) ein Zustellungsbeamter mitwirkt, ist jedoch die Rechtmäßigkeit der Verhaftung (vgl. RG. Rspr. 8, 424) und die Vollstreckung des Haftbefehls nicht abhängig. Das ergibt sich unzweideutig aus § 13 Abs. 1 Satz 1 und 3 (der Haftbefehl soll, wenn möglich, dem Verfolgten bei der Verhaftung bekanntgegeben werden; ist dies nicht

---

[1]) Vgl. neuerdings OLG. Breslau v. 1. Mai 1931, 18 W III 3/31, abgedr. S. 2879[21] = DRZ. 1931, 448; vgl. auch Schoetensack: GerS. 100, 352[108]).

Zunächst ist gemäß § 27 Abs. 1 DAuslG. die Entscheidung des RG. v. 8. Jan. 1931 (JW. 1931, 249[3]) dafür maßgebend, daß nicht der Zeitpunkt der Freiheitsentziehung, sondern der des Erlasses des Beschlusses über die vorläufige Auslieferungshaft bei der Berechnung in Frage kommt.

Sodann aber ist zweifelhaft, ob der Tag des Beschlusses (also der Tag, an dem der Beschluß zustande gekommen ist) oder der Zeitpunkt seiner Übergabe an die Staatsanwaltschaft (vgl. RGSt. 58, 360), die am 9. Febr. 1931 geschehen ist, oder aber der der Zustellung der Bekanntmachung an den Beschuldigten maßgebend ist.

Der StrSen. entscheidet sich für diesen letzteren Zeitpunkt (so auch **Mettgenberg**, DAuslG. S. 311), indem es den im § 13 Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt für den maßgebenden hält. Die Staatsanwaltschaft ist im Auslieferungsverfahren nicht in derselben Weise „Prozeßbeteiligter" wie im ordentlichen Strafverfahren. Wenn es auch richtig ist, daß ein Beschluß nicht mehr abänderlich ist, wenn er der Staatsanwaltschaft ausgehändigt worden ist, so ist doch dies nicht das entscheidende. Entscheidend ist vielmehr, daß der Beschuldigte weiß, daß gegen ihn die vorläufige Auslieferungshaft angeordnet worden ist, erst von diesem Zeitpunkte an kann er sich als dem Auslieferungsverfahren unterworfen ansehen und die ihm zustehenden Rechte geltend machen. Die Auslieferungsbestimmungen sehen vor, daß er einen ganzen Monat lang in vorläufiger Auslieferungshaft abzuwarten hat, ob das Ersuchen um Auslieferung gestellt wird. Dieser Monat darf der ersuchenden Regierung nicht verkürzt werden.

Bei dieser Sachlage kann die gleichfalls zweifelhafte Frage, ob das OLG. die Monatsfrist des § 18 Abs. 2 von Amts wegen zu berücksichtigen und den Haftbefehl aufzuheben hat, wenn nach Ablauf des Monats die Staatsanwaltschaft die Aufhebung **nicht** beantragt hat, auf sich beruhen bleiben, da nach dem Gesagten diese Frist gewahrt ist.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 12. März 1931, St O A 3/31.)

*

möglich, so ist der Grund der Verhaftung vorläufig mitzuteilen und die Bekanntmachung nachzuholen), entspricht auch der Auffassung, die den inländischen Strafprozeß beherrscht (vgl. **Löwe-Rosenberg**, 17. Aufl., Anm. 4b zu § 126; **Konietzko**: GoltdArch. 52, 193). Es ist also nicht von Belang, ob der Verfolgte weiß, daß gegen ihn die vorl. Auslieferungshaft angeordnet ist; vielmehr ist entscheidend, daß der Festgenommene auf Grund des Haftbefehls von der Vollzugsbehörde (Gefangenanstalt) der Vollstreckungsbehörde (Staatsanwaltschaft) als Auslieferungsgefangener zur Verfügung gehalten wird und für diesen Zeitpunkt, den Beginn der Vollstreckung, kann nur der „Erlaß" des Haftbefehls oder der Eingang des Annahmeersuchens der Vollstreckungsbehörde bei der Strafanstalt von Bedeutung sein (vgl. RG.: JW. 1931, 250[2a] und meine Anm. dazu JW. 1931, 742). Dabei ist nach der Rspr. des RG. (RGSt. 54, 21; 56, 360) unter dem „Erlaß" des Haftbefehls die richterliche Entscheidung, daß der Verfolgte in vorl. Auslieferungshaft oder in Auslieferungshaft zu nehmen sei, zu verstehen und erlassen ist diese, sobald sie schriftlich abgefaßt und zur Kenntnis von Personen außerhalb des Gerichts bestimmt ist. Im Sinne des reichsgerichtlichen Beschl. v. 8. Jan. 1931 ist es daher offensichtlich gelegen, daß die Verhaftung mit demjenigen Zeitpunkt beginnt, in dem der Vorsitzende des StrSen. die Übergabe des Haftbefehls an die Staatsanwaltschaft bei dem OLG. anordnet.

2. Die Bemerkung des Beschlusses, daß gemäß § 27 Abs. 1 die Entscheidung des RG. v. 8. Jan. 1931 (die zu einer beim KG. anhängigen Auslieferungssache ergangen ist) „maßgebend" sei, könnte zu Mißverständnissen führen. Eine auf Grund des § 27 eingeholte Entscheidung des RG. ist „bindend" nur für die Sache, in der sie ergeht. Für spätere Auslieferungsfälle hat eine solche Entscheidung — vorausgesetzt, daß sie nach dem 1. April 1930 ergangen ist — lediglich die Bedeutung, daß das RG. zur nochmaligen Entscheidung der Rechtsfrage angerufen werden muß, wenn ein OLG. abweichen will. Eine solche Abweichung erblicke ich darin, daß das OLG. nicht den Zeitpunkt des Erlasses, sondern den der Zustellung für den Beginn der vorl. Auslieferungshaft für maßgebend erklärt hat.

3. Die Frage, ob das OLG. die Anordnung der vorl. Auslieferungshaft wegen Fristablaufs aufheben kann, auch wenn der StA. hierauf nicht anträgt, wird man — entgegen dem Wortlaut der §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 2 — bejahen müssen. Die Pflicht, die Dauer der vorl. Auslieferungshaft zu überwachen, hat das Gesetz (anders bei der endgültigen Auslieferungshaft; vgl. § 20) dem StA. — und nur diesem — auferlegt; er ist daher dafür verantwortlich, daß der Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls oder in den Fällen des § 18 Abs. 3 auf Verlängerung der vorl. Auslieferungshaft rechtzeitig gestellt wird. Aber es ergibt sich schon aus § 18 Abs. 3, daß das OLG. auch gegen den Antrag der StA. der vorl. Auslieferungshaft ein Ende bereiten kann, wenn es dem Antrage auf Verlängerung nicht entspricht, und es versteht sich von selbst, daß dann nicht nur der Antrag auf Verlängerung abzulehnen, sondern gleichzeitig auch der Haftbefehl aufzuheben ist. Das letztere muß aber auch gelten, wenn in den Fällen des § 18 Abs. 2 das OLG. von sich aus erkennt, daß die einmonatliche Haftfrist abgelaufen ist. Das allein entspricht dem Sinn des § 19, der eine längere als eine ein- oder zweimonatliche vorl. Haftdauer[2]) in demselben Verfahren schlechthin verbietet, und dem Grundgedanken des § 17, der es dem OLG. zur Pflicht macht, auch außerhalb des Prüfungsverfahrens darüber zu wachen, ob die Voraussetzungen für das Fortbestehen des Haftbefehls noch erfüllt sind. Daß diese Prüfungspflicht in erster Linie (§ 17 Abs. 1) darauf abgestellt ist, ob die Haftgründe fortbestehen, schließt nicht aus, daß auch wegen Fristablaufs das OLG. den Haftbefehl von sich aus aufheben kann. Die Sachlage ist insofern bei § 17 Abs. 2 eine andere als im geltenden § 126 StPO. Alle Zweifel wären allerdings beseitigt, wenn im § 17 Abs. 2 Satz 1 noch gesagt wäre, daß der Haftbefehl auch dann aufzuheben ist, wenn die im § 18 Abs. 2 und 3 bestimmten Fristen abgelaufen sind, ohne daß über die Fortdauer der Auslieferungshaft eine Anordnung ergangen ist.

Der Entscheidung vermag ich nicht zuzustimmen; es war nicht nach § 18 Abs. 1 über die Fortdauer der Auslieferungshaft, sondern nach § 10 Abs. 1 über deren Anordnung zu beschließen.

OJR. Dr. **Dörffler**, Berlin.

[2]) An die Stelle der gesetzlichen Haftdauer tritt, wenn vertraglich eine längere Festhaltungsfrist vereinbart ist (vgl. Art. 9 Abs. 3 deutsch-tschechosl. und Art. 9 Abs. 3 deutsch-türk. Auslieferungsvertrags), diese Frist.

Breslau.

21. § 20 DAuslG. **Beginn der Haftprüfungsfrist (Fall Kosche).**

Gegen K. K. wird zum Zwecke der Auslieferung an den tschechosl. Staat die Auslieferungshaft angeordnet, weil er dringend verdächtig ist, am 26. Juni 1929 im Walde bei Pöhlwies in Mähren wiederholt mit der 11 Jahre alten E. B. unzüchtige Handlungen vorgenommen und versucht zu haben, sie durch Gewalt zur Duldung des außerehelichen Beischlafs zu nötigen, Verbrechen gegen §§ 127, 128 TschechoslStGB. und gegen §§ 176 Ziff. 3, 177, 43 RStGB., und weil infolge seiner Flucht nach der Tat ins Ausland die Gefahr besteht, daß er sich dem Auslieferungsverfahren und der Durchführung seiner Auslieferung entziehen wird. Die Haftprüfung hat bis zum 30. Mai 1931 zu erfolgen.

Gegen den Verfolgten ist wegen der am 26. Juni 1929 bei Pöhlwies an der 11 Jahre alten E. B. begangenen versuchten Notzucht vom tschechosl. Kreisgericht in Olmütz am 29. Okt. 1929 ein Steckbrief erlassen. Am 30. März 1931 ist der Verfolgte in Altheide in der preuß. Grafschaft Glatz festgenommen und in das Gerichtsgefängnis in Glatz eingeliefert. Das JustMin. der tschechosl. Republik in Prag hat am 18. April 1931 um Auslieferung des Verfolgten an die Tschechoslowakei ersucht. Da der Verfolgte aus seiner Heimat ins Ausland geflüchtet ist, liegen die Voraussetzungen für die Anordnung der Auslieferungshaft gemäß § 10 DAuslG. vor. Hinderungsgründe gemäß §§ 2—6 DAuslG. sind nicht festgestellt.

Da der Verfolgte gemäß § 21 DAuslG. bereits am 30. März 1931 in Altheide festgenommen und auf Grund eines unmittelbaren Ersuchens des Kreisgerichts in Olmütz v. 3. April 1931 in Haft behalten, also schon seit dem 30. März 1931 wegen dieser Sache der Freiheit entzogen ist, ist die Haftprüfung gemäß § 20 DAuslG. bis zum 30. Mai 1931 vorzunehmen. Als Tag der Verhaftung i. S. des § 20 ist nicht erst der Tag des Erlasses des Auslieferungshaftbefehls des OLG., sondern bereits der Tag anzusehen, an dem der Verfolgte durch die vorangegangene vorläufige Festnahme tatsächlich seiner Freiheit beraubt worden ist. Der Zweck des Haftprüfungsverfahrens ist, einen Verfolgten oder Beschuldigten nicht über einen bestimmten Zeitraum hinaus ohne richterliche Nachprüfung festzuhalten. Würde der Berechnung des ersten zweimonatigen Zeitraums erst der Tag des Erlasses des Auslieferungshaftbefehls zugrunde gelegt, so würde trotz des durch die vorläufige Festnahme bereits erfolgten Eingriffs in die persönliche Freiheit des Verfolgten jener Zeitraum von zwei Monaten mitunter sehr erheblich verlängert, weil durch die notwendige Mitwirkung verschiedener in- und ausländischer Behörden sich der Erlaß des Auslieferungshaftbefehls selbst unvermeidlich verzögern muß. Hier ist z. B. eine solche Verzögerung von mehr als einem Monat eingetreten (gleicher Ansicht: KG., 2. Sen., Beschl. v. 22. Nov. 1930: HöchstRRspr. 1931 Nr. 397 = GoltdArch. 75, 55 im Gegensatz zu RG., 3. Sen., Beschl. v. 8. Jan. 1931: RGSt. 65, 79 = HöchstRRspr. 1931 Nr. 573 = DRZ. 1931 Nr. 151)[1]).

(OLG. Breslau, 1. StrSen., Beschl. v. 1. Mai 1931, 18 W III 3/31.)

*

[1]) Die Entsch. steht in ausdrücklichem Widerspruch zu dem in ihr zitierten Beschl. des RG. v. 8. Jan. 1931: JW. 1931, 250 (Anm. OJR. **Dörffler** hierzu JW. 1931, 742). Das OLG. Breslau dürfte die Bestimmung des § 27 Abs. 3 DAuslG., wonach die Entscheidungen des RG. für die Oberlandesgerichte bindend sind, außer acht gelassen haben (vgl. auch **Mettgenberg**, DAuslG., 1930, Anm. 88 S. 343). D. S.

Hamburg.

22. §§ 34 Abs. 1 Nr. 3, 39 DAusliefG. **Zulässigkeit der Beschlagnahme von Gegenständen, um deren Herausgabe ersucht ist (Fall Szerman).** [1])

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft werden die dem Beschuldigten H. S. bei seiner Einlieferung abgenommenen Gegenstände . . . sowie der bei den Akten befindliche Empfangsschein der Hamb.-Südamerik. Dampfschiffahrts-Gesellschaft v. 26. Jan. 1931 Nr. 56 124 A, über 120 Dollar (USA.) beschlagnahmt. Wegen der Verwertung dieses Empfangsscheines wird weiteren Anträgen entgegengesehen.

Da die poln. Regierung um die Sicherstellung des bei dem Beschuldigten vorgefundenen Geldes und anderer Wertpapiere oder Waren ersucht hat, worin ein Ersuchen um demnächstige Herausgabe zu finden ist, so ist die Beschlagnahme der Gegenstände gemäß §§ 39, 34 Nr. 3 DAusliefG. zulässig. Zwar ist die Herausgabe nur zulässig, wenn die Gegenstände im Ausland durch die strafbare Handlung, wegen deren der Beschuldigte verfolgt wird, oder als Entgelt für solche Gegenstände erlangt sind. Allein, da bislang nicht feststeht, wo der Beschuldigte die Gegenstände erlangt hat, so ist die Möglichkeit gegeben, daß er sie im Auslande erlangt habe; seine eigene Angabe, er habe sie in Berlin erworben, ist bislang nicht widerlegt. Als Entgelt i. S. des § 34 Nr. 3 DAusliefG. kommt nicht nur dasjenige in Betracht, was jemand unmittelbar mit Mitteln, die durch eine strafbare Handlung erlangt sind, erworben hat, sondern auch dasjenige, was mittelbar wiederum mit diesen Mitteln angeschafft worden ist.

Der Verwertung des Empfangsscheins über 120 Dollar durch die Staatsanwaltschaft wird nichts entgegenstehen, jedoch wird zunächst das Einverständnis des Beschuldigten hierzu beizubringen sein; dieser hat zwar auch die Verwertung beantragt, aber mit dem Ziel, den Entgelt zu seiner freien Verfügung zu erhalten.

(OLG. Hamburg, StrSen., Beschl. v. 5. März 1931, St O A 5/31, O VIII 37/31.)

*

Dresden.

23. § 41 Abs. 1 DAusliefG. i. Verb. m. Art. 4 und 17 des deutsch-tschechoslowakischen Auslieferungsvertrags v. 8. Mai 1922 (RGBl. 1923, II, 48, 396). **Unzulässigkeit der Rechtshilfe mangels Verbürgung der Gegenseitigkeit im deutsch-tschechoslowakischen Verkehr (Fall Görner).**

Das tschechosl. Kreisgericht Leitmeritz hat das AG. Dresden ersucht, in der bei dem Kreisgericht anhängigen Strafsache gegen den tschechosl. Staatsangehörigen R. G. wegen Vergehens nach § 24 PreßG. v. 17. Dez. 1862 den J. M. in Dresden als Zeugen zu vernehmen. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem OLG. Dresden wird die begehrte Rechtshilfe für unzulässig erklärt.

Die Voraussetzung der Verbürgung der Gegenseitigkeit, an die § 41 Abs. 1 DAusliefG. die Zulässigkeit der Gewährung von zwischenstaatlicher Rechtshilfe in Strafsachen knüpft, liegt nicht vor.

Nach Art. 17 deutsch-tschechosl. Auslieferungsvertrag v. 8. Mai 1922 (RGBl. 1923, II, 48, 396) *kann* die Leistung von Rechtshilfe durch Untersuchungshandlungen abgelehnt werden, wenn in dem Strafverfahren, für das sie geleistet werden soll, die Pflicht zur Auslieferung nach den Bestimmungen des Vertrags nicht bestehen würde. Die tschechosl. Regierung hat also keine Rechtspflicht, in Fällen, in denen die Auslieferung verweigert werden könnte, Untersuchungshandlungen vorzunehmen. Insoweit ist also die Gegenseitigkeit nicht verbürgt und es darf daher nach § 41 Abs. 1 DAusliefG. insoweit auch deutscherseits keine Rechtshilfe geleistet werden (ebenso *Mettgenberg*, DAusliefG., 1930 S. 407).

Ein solcher Fall ist hier gegeben. Durch das Erkenntnis des Kreisgerichts Eger v. 5. Sept. 1930 ist die von der tschechosl. Polizei angeordnete Beschlagnahme der in Berlin erschienenen Druckschrift „Die tschechischen Legionen in Sibirien“ von K. W. Sakharow gerichtlich bestätigt und die Weiterverbreitung des Buches in der Tschechoslowakei verboten worden. Die Beschlagnahme und das Verbot sind u. a. damit begründet worden, daß durch einige Stellen im Buche der Präsident des tschechosl. Staates in seiner Ehre öffentlich durch gröbliche, verunglimpfende Äußerungen gekränkt und dem öffentlichen Spotte ausgesetzt werde (Vergehen nach § 11 Ziff. 2 TschechoslRepSchG.). Der Inhalt des verbotenen Buches verkörpert also nach der genannten Entsch. einen strafbaren Angriff gegen das Oberhaupt des tschechosl. Staates als solches, mithin eine *politische* Tat i. S. des § 3 DAusliefG. und des Art. 4 Ziff. 2 deutsch-tschechosl. Auslieferungsvertrag. In dem Strafverfahren, in dem die im Wege der Rechtshilfe begehrte Untersuchungshandlung — die Vernehmung des Zeugen M. — geleistet werden soll, wird nach dem Ersuchungsschreiben des Kreisgerichts Leitmeritz dem tschechosl. Staatsangehörigen R. G. zur Last gelegt, das verbotene Buch weiterverbreitet zu haben. Durch diese Weiterverbreitung würde sich G. zugleich des genannten politischen Vergehens schuldig gemacht haben, das durch den Inhalt des Buches verkörpert wird. Somit würde nach Art. 4 Ziff. 2 deutsch-tschechosl. Auslieferungsvertrag deutscherseits keine Pflicht zur Auslieferung des beschuldigten G. bestehen und infolgedessen würde nach Art. 17 auch die nachgesuchte Zeugenvernehmung abgelehnt werden können. Das aber hat, wie dargelegt, mangels entgegenstehender älterer völkerrechtlicher Vertragspflichten zur Folge, daß die Gewährung der begehrten Rechtshilfe nach § 41 Abs. 1 DAusliefG. nicht zulässig ist.

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Beschl. v. 17. April 1931, 2 OSt Reg. 205/31.)

*

24. §§ 41, 42 DAusliefG. **Rechtshilfe durch Vornahme einer Beschlagnahme. Beschwerderecht des Betroffenen (Fall Arndt).**

Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem OLG. Dresden wird die vom AG. Leipzig durch die Beschlagnahmeanordnung im Beschlusse v. 8. Nov. 1930 (19 SReg 2235/30) dem österr. Staat gewährte Rechtshilfe für zulässig erklärt.

Die gesetzlichen Voraussetzungen, an die § 41 Abs. 1 DAusliefG. die Zulässigkeit der Gewährung von zwischenstaatlicher Rechtshilfe in Strafsachen knüpft, liegen vor.

Nach dem völkerrechtlichen Abkommen zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich zur vorläufigen Regelung des Rechtshilfeverkehrs in Strafsachen v. 5. Juli und 1. Aug. 1930 (RGBl. 1930, II, 1211), das am 1. Aug. 1930 in Kraft getreten ist, sind die deutschen Behörden verpflichtet, nicht nur durch Auslieferung, Durchlieferung und Herausgabe von Gegenständen, sondern auch in anderer Weise Rechtshilfe in Strafsachen auf Ersuchen der österr. zuständigen Behörden zu leisten.

Die vom AG. Leipzig angeordnete Beschlagnahme ist von der Ratskammer des Landesgerichts für Strafsachen Wien I beantragt worden,

---

Zu 24. Eine Rechtshilfe (hier i. S. des dritten Abschnitts des DAusliefG. gemeint) kann erst „gewährt“, d. h. z. B. die erbetene Auskunft darf der ersuchenden Regierung erst erteilt, die Niederschrift über die erbetene Vernehmung eines Zeugen darf ihr erst übermittelt werden, wenn sie „bewilligt“ ist (§ 44). Die Bewilligung, die der „Leistung“ der Rechtshilfe (der Vornahme des Rechtshilfegeschäfts) vorausgehen oder nachfolgen kann, ist ein Akt der Staatshoheit — auch dann, wenn die Bewilligung anstatt von der Reichs- oder einer Landesregierung von einem dazu ermächtigten Gericht, einer sonstigen Gerichts- oder einer Verwaltungsbehörde ausgesprochen wird (VO. der RReg. v. 11. März 1930 [RMBl. 61]) — und setzt u. a. die Zulässigkeit der Rechtshilfe (§§ 42 und 41 Abs. 1) voraus. Darüber, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Rechtshilfe zulässig ist (Ersuchen einer zuständigen ausländischen Behörde, Verbürgung der Gegenseitigkeit), entscheidet im Regelfalle die zur Bewilligung zuständige Stelle, mag diese eine Verwaltungs- oder eine Justizbehörde (ein Gericht [1])) sein, im Verwaltungswege und nur ausnahmsweise auf Antrag des StA. das OLG. Erklärt es die Rechtshilfe für zulässig, so kann gleichwohl die zur Bewilligung zuständige Behörde die Rechtshilfe ablehnen; gebunden ist diese nur, wenn die gerichtliche Entsch. auf Unzulässigkeit lautet (§ 41 Abs. 2 Satz 3).

Bei den engen Grenzen, die hiernach bei den Rechtshilfegeschäften des dritten Abschnitts für eine Mitwirkung des OLG. gesteckt sind, kommen gerichtliche Zulässigkeitsentscheidungen nur in Ausnahmefällen in Betracht. Im Grunde ist auch nur die eine Frage zweifelhaft, in welchem Umfange (ob i. S. von § 4 Nr. 1 oder auch im Ausmaß von § 4 Nr. 2 und 3) die Gegenseitigkeit verbürgt sein muß. Warum vorliegend die Entsch. eingeholt ist, ist aus den mitgeteilten Gründen nicht ersichtlich. Bedenken, daß die Beschlagnahmeanordnung zulässig war, bestehen nicht. Denn es kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß ein (österr.) Strafgericht befugt ist, ein solches Ersuchen zu stellen. Auch ist durch den Notenwechsel [2]) v. 5. Juli und 1. Aug. 1930 (RGBl. 1930, II, 1211), dessen Vereinbarungen am 1. Aug. 1930 in Kraft getreten sind, die „Gegenseitigkeit“ ein für allemal zugesichert und nach Lage des Falles die Frage ohne Bedeutung, in welchem Umfange bei den Rechtshilfegeschäften des dritten Abschnitts diese Zusicherung erteilt ist.

2. Die Entsch. ist aber offensichtlich (vgl. auch § 9 der AusfVO. des sächs. JustMin. v. 28. März 1930) nicht allein auf Grund des § 41 Abs. 2, sondern auch des § 42 ergangen. Hierfür spricht, daß das OLG. die Beschwerde, welche die betroffene Firma gegen die Beschlagnahmeanordnung erhoben hatte, für unzulässig erklärt, auch ausdrücklich festgestellt hat, daß das AG. Leipzig verpflichtet gewesen sei, dem Ersuchen zu entsprechen.

Ebenso wie im § 41 ist auch im § 42 der Begriff Rechtshilfe im weiteren Sinne gebraucht. Er umfaßt also außer der Rechtshilfe im engeren Sinne, wie ihn das GVG. (§§ 157 f.) verwendet, auch die sog. Amtshilfe, so daß es nicht darauf ankommt, ob die nachgesuchte Amtshandlung zum eigenen sachlichen Aufgabenkreis der ersuchenden Behörde gehört oder nicht (vgl. RGSt. 52, 21). Das DAusliefG. will

---

[1]) Vgl. oben Nr. 14.

[1]) Vgl. für den vorliegenden Fall: §§ 1 und 2 AusfVO. des sächs. JustMin. v. 28. März 1930 (SächsJMBl. 15).

[2]) Vgl. die (auch für das Memelgebiet geltende) Bek. einer deutsch-litauischen Vereinbarung zur vorl. Regelung des Rechtshilfeverkehrs in Strafsachen v. 2. April 1931 (RGBl. 1931, II, 232).

die durch den in Ausfertigung vorgelegten Beschl. v. 6. Nov. 1930, die Beschlagnahme der zur Verbreitung bestimmten Exemplare des Druckwerkes „Bagage, Reigen um eine Sängerin" von D. A., erschienen im F.-Verlag, Wien-Leipzig, verfügt hatte. Dieses Gericht ist eine zur Nachsuchung von Rechtshilfe in Strafsachen zuständige Behörde des österr. Staates (vgl. das erwähnte Abkommen sowie die SächsJMBO. v. 31. Dez. 1920 (JMBl. 141) und v. 13. Okt. 1930 (JMBl. 75).

Hinsichtlich der nachgesuchten und gewährten Rechtshilfe ist unter den Vertragsstaaten auch die Gegenseitigkeit verbürgt (Ziff. 1 genannten Rechtshilfeabkommen).

Die gewährte Rechtshilfe hätte das AG. Leipzig auch einer deutschen Strafgerichtsbehörde auf Verlangen leisten müssen (§ 42 Satz 1 DAusliefG.).

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß die Beschwerde unzulässig ist, welche die betroffene Firma F.-Verlag, O. B. in Wien gegen die Beschlagnahmeverfügung des AG. Leipzig v. 8. Nov. 1930 erhoben hat. § 159 GVG. ist nicht direkt anwendbar, da er — wie der ganze 13. Titel des GVG. — nur die innerdeutsche Rechtshilfe betrifft. Für die zwischenstaatliche Rechtshilfe sind nur die völkerrechtlichen Rechtsquellen und das DAusliefG. maßgebend. Im Gegensatz zur Rechtshilfe durch Auslieferung, Durchlieferung und Herausgabe von Gegenständen ist aber bei Leistung von sonstiger Rechtshilfe nur der StA., nicht dagegen ein Beteiligter befugt, die Entsch. des OLG. in entsprechender Anwendung des § 159 GVG. anzurufen (§ 42 Satz 2 DAusliefG.).

(OLG. Dresden, 2. Sen., Beschl. v. 13. Jan. 1931, 2 OSt Reg. 703/30.)

*

auch, daß im allgemeinen jede zur Unterstützung eines ausländischen Strafverfahrens dienliche und gesetzlich zulässige Hilfe geleistet werde und verpflichtet deshalb die innerdeutschen Behörden, die ein Rechtshilfeersuchen auszuführen haben[3]), diesem in dem Umfange zu entsprechen, in denen von ihnen deutsche Gerichts- oder Verwaltungsbehörden Rechts- oder Amtshilfe beanspruchen könnten. Durch diese Bestimmung des § 42 (S. 1) ist nun zugleich (vgl. § 47) die Vorschrift des § 158 Abs. 2 GVG.[4]) für das Gebiet der zwischenstaatlichen Rechtshilfe für anwendbar erklärt. Soweit also ein Amtsgericht (vgl. RGSt. 20, 102) die Rechtshilfe zu leisten hat, kann dieses das Ersuchen, von dem Mangel der örtlichen Zuständigkeit abgesehen, nur ablehnen, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem für sein Gebiet geltenden Reichs- oder Landesrecht verboten ist. Diese Frage kann aber in Fällen der vorliegenden Art nicht gut auftauchen, da nach § 98 StPO. regelmäßig die Anordnung der Beschlagnahme dem Richter zusteht.

Hiernach ergibt sich als Sinn des Satzes 2 des § 42: Eine „Entscheidung nach § 159 GVG." kommt nur in Frage, wenn ein Amtsgericht die Leistung der Rechtshilfe abgelehnt oder der Vorschrift des § 158 Abs. 2 GVG. zuwider dem Ersuchen stattgegeben hat. Dabei wird in Abweichung von § 159 GVG. nicht vorausgesetzt, daß die ersuchende Behörde ein ausländisches Gericht ist. Die Entsch. des OLG. kann nur der StA. b. d. OLG. (nicht, wie im § 159 Abs. 2 GVG., die ersuchende Behörde [Regierung] oder ein Beteiligter) herbeiführen und eine Anfechtung der Entsch. (vgl. § 159 Abs. 1 Satz 2 und 3 GVG.) ist unstatthaft. Selbstredend kann aber der StA. den unzulässigen Antrag einer ausländischen Behörde oder eines Beteiligten sich zu eigen machen und er wird dies wohl regelmäßig tun, wenn die ausländische Behörde Beschwerde oder Gegenvorstellung erhebt. In den Fällen jedoch, in denen andere Behörden als ein AG. (z. B. ein StA., eine PolBeh.) zur Leistung der Rechtshilfe berufen sind, ist eine Entsch. des OLG. ausgeschlossen und lediglich die Beschwerde im Dienstaufsichtswege gegeben.

Die amtliche Begründung (zu § 42) ist scheinbar anderer Auffassung. Sie lautet: „Wird die Erledigung der Rechtshilfe abgelehnt, so findet § 159 GVG. in der Weise Anwendung usw." Sie erwähnt also nur das Ablehnen, nicht auch das Stattgeben und scheidet nicht zwischen der gerichtlichen Rechtshilfe und der Unterstützung, die eine sonstige Behörde leistet (vgl. dazu Mettgenberg, S. 394, 415). Dem Wortlaut des § 42 Satz 2 („Entsch. nach § 159 GVG.") werden diese Ausführungen jedoch nicht gerecht. Ihnen widerspricht auch, was die Begründung weiter — und zwar zutreffend — betont, daß die Erledigung der Rechtshilfe nach Maßgabe des § 47 erfolgt. Denn gerade hieraus ergibt sich, daß § 159 GVG. nur anwendbar ist, falls ein Amtsgericht zur Leistung der Rechtshilfe berufen ist. In der obigen Entsch. ist das OLG. der amtlichen Auffassung insofern entgegengetreten, als es auch die stattgebende Entsch. unter § 42 Satz 2 subsumiert; offen bleibt aber, inwieweit das OLG. sich im übrigen zur „entsprechenden Anwendung" des § 159 GVG. bekennt.

OJR. Dr. Dörffler, Berlin.

[3]) Im vorl. Falle war das AG. Leipzig sowohl bewilligende, wie leistende Behörde.

[4]) Vgl. auch Ziff. 637 Abs. 2 der Vorschriften für Strafs., Bd. XV, Sammlung der Dienstvorschriften der badischen JV., 1930.

25. §§ 34, 35 DAusliefG. i. Verb. m. Art. 10, 13, 15 Deutsch-Belg. AuslVertr. v. 24. Dez. 1874 (Fall Föckler). †)

(BayObLG., 1. StrSen., Zwischenbeschl. v. 1. Okt. und Endentsch. v. 21. Nov. 1930, ALR 19/30).

Abgedr. JW. 1931, 257[21].

*

Zu 25. 1. Art. 15 Deutsch-Belg. AusliefVertr., der unter denjenigen Bestimmungen steht, die von der „Sonstigen Rechtshilfe in Strafsachen" handeln, bestimmt in den Eingangsworten seines ersten Absatzes:

„Wenn in einer Strafsache, welche nichtpolitische Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstand hat, die Mitteilung von Beweisstücken oder von Urkunden, die in den Händen der Behörden des anderen Landes sind, für notwendig oder nützlich erachtet wird, . . .";

im französischen Text:

„Lorsque dans une cause pénale, pour des faits non compris sous le nom de crimes ou délits politiques, la communication de pièces de conviction ou de documents se trouvant entre les mains des autorités de l'autre pays, sera jugée nécessaire ou utile, . . .".

Und weiterhin ist in dem vorangehenden Art. 10, der die Herausgabe von Gegenständen betrifft, die im Zusammenhang mit einer Auslieferung übergeben werden sollen, festgelegt:

„Alle in Beschlag genommenen Gegenstände, welche sich zur Zeit der Festnahme im Besitze des Auszuliefernden befinden, sollen . . . dem ersuchenden Staate mit übergeben werden, und es soll sich diese Überlieferung . . . auf alles erstrecken, was zum Beweise der strafbaren Handlung dienen könnte (im franz. Text: à tout ce qui pourrait servir de preuve du crime).

Die Würdigung des Zusammenhangs dieser Vorschriften wie auch die grammatikalische Auslegung des ersten Absatzes des Art. 15 führt zu dem Ergebnis, daß die Beschränkung, welche der Relativsatz („die in den Händen der Behörden des anderen Landes sind") enthält, nur auf das unmittelbar vorangestellte Wort „Urkunden" zu beziehen ist, und daß bei den „Beweisstücken" an Gegenstände gedacht ist, die für den Zweck einer von dem ersuchenden Staate geführten strafgerichtlichen Untersuchung notwendig oder nützlich sind, aber nicht in den Händen des ersuchten Staates, sondern im Besitze von Personen sich befinden, die der Gewalt des ersuchten Landes unterworfen sind. Zum einen nämlich teilt der Art. 15 den im Art. 10 verwendeten allgemeinen und umfassenderen Begriff der „Gegenstände" in die Unterbegriffe „Beweisstücke" und „Urkunden" auf, was darauf hindeutet, daß mit der Veränderung des sprachlichen Ausdrucks ein besonderer Zweck verfolgt wurde. Vor allem aber kennzeichnet die Tatsache, daß sowohl im deutschen wie im französischen Text vor dem Worte „Urkunden" das „von" wiederholt ist, daß die Vertragschließenden nicht daran gedacht haben, in den Fällen des Art. 15 eine Verpflichtung zur Ausantwortung (besser: zeitweiligen Überlassung) nur für solche Beweisstücke zu begründen, die beim Eingang des Ersuchens im Gewahrsam von Behörden des ersuchten Teils sich befinden.

Diese Auslegung findet in der Entstehungsgeschichte ihre volle Bestätigung. Art. 15 Deutsch-Belg. AusliefVertr. von 1874, dessen erster Entwurf von deutscher Seite aufgestellt ist (vgl. Drucks. d. Bundesrats Nr. 130, Session von 1873), entspricht, soweit er die gegenseitige Mitteilung von Beweisstücken und von Urkunden anordnet, dem Art. 16 Württ.- (WürttRegBl. 1870, 379) und dem Art. 15 BayVertr. (BayRegBl. 1870, 106; 1871, 5), sowie dem Vorbild, das aus den Verträgen, welche das Reich mit Italien und der Schweiz geschlossen hatte[1]), sich ergab. Der Wortlaut des WürttVertr. stimmt nahezu wörtlich mit demjenigen des Art. 15 RVertr. von 1874 überein und handelt gleich diesem von den Beweisstücken und von den Urkunden, „die in den Händen der Behörden des anderen Landes sind". Im BayVertr. hingegen fehlt diese relative Wendung. Statt dessen ist dort schlechthin „von Beweisstücken oder von Urkunden (pièces de conviction ou documents judiciaires)" die Rede; es ist also im deutschen Text „documents judiciaires" nicht mit „gerichtlichen Urkunden", sondern lediglich mit „Urkunden" übersetzt. Weiter werden in den Verträgen des Reichs mit Italien und der Schweiz gesondert neben den Beweisstücken „gerichtliche Urkunden, welche letzterem Staate gehören" (documents judiciaires qui lui appartiennent), erwähnt. Diese Sachlage widerspricht also der Anschauung, daß die Einschränkung, die im französischen Text bald mit „judiciaires", bald mit „judiciaires qui lui appartiennent", bald mit „se trouvant entre les mains des autorités de l'autre pays" umschrieben ist, auch auf die „pièces de conviction", die Beweisstücke, zu beziehen ist. Art. 15 Deutsch-Belg. AusliefVertr. ist vielmehr in seinem französischen Text nicht anders zu lesen, als ob geschrieben stünde: „la communication de pièces à conviction, ou de documents se trouvant entre les mains des autorités . . ." (so Art. 32 Franz.

[1]) Vgl. RTDrucks. Nr. 154, II. Session 1874.

26. §§ 4 Nr. 3, 27 Abs. 2 DAusliefG. **Unzulässigkeit der Auslieferung wegen strafbarer Handlungen, die mit anderen im Deutschen Reich begangenen und rechtskräftig abgeurteilten strafbaren Handlungen im Fortsetzungszusammenhang stehen. Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Entscheidung auslieferungsrechtlicher Fragen. (Fall Wunderbaldinger.)**

(RG., FerSen., Beschl. v. 6. Aug. 1930, 7 TB 832/30, X I 832/30.) Abgedr. JW. 1931, 249[1].

AusliefG. v. 10. März 1927), als ob also zwischen den Worten „von Beweisstücken" oder „von Urkunden" ein Komma[2]) gesetzt wäre. Von den RVertr., die der Deutsch-Belg. AusliefVertr. sich zum Vorbild genommen hat, weicht er nur darin ab, daß die Überlassungspflicht nicht auf gerichtliche Urkunden (Akten, Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke) beschränkt ist, sondern sich auf behördliche Urkunden jeglicher Art erstreckt, welche dem ersuchten Staate gehören. Aus der in dem AusliefVertr. übernommenen Pflicht des ersuchten Landes, alle Beweisstücke, sofern keine besonderen Bedenken entgegenstehen, zu überlassen, folgt — was sich von selbst versteht und der Heranziehung des Art. 13 nicht erst bedarf — die Pflicht seiner Behörden, nach Maßgabe der im inländischen Strafverfahren für die Beschlagnahme und Sicherstellung in Betracht kommenden Vorschriften den Besitz dieser Gegenstände sich zu verschaffen.

Daß endlich nur diese Auslegung des Art. 15 dem Zweck des Vertrages entspricht, ist auch in der Endentsch. vom BayObLG. anerkannt. Zwar wären bei gegenteiliger Auslegung Beweisstücke, welche nicht — wie Art. 10 vorsieht — bei der Festnahme des Verfolgten in den Besitz der ersuchten Regierung gelangt sind, immerhin erfaßbar. Es müßte aber zunächst unter Berufung auf Art. 13 um Sicherstellung der Beweisstücke ersucht und, wenn daraufhin die begehrten Gegenstände in behördlichen Gewahrsam genommen sind, gestützt auf Art. 15 das Überlassungsersuchen nachgebracht werden. Die Umständlichkeit dieses Verfahrens, die dem praktischen Bedürfnis widerspricht, bietet weiteren Beweis dafür, daß eine solche Regelung nicht gewollt sein kann.

2. Das Bedenken, daß in den Fällen des Art. 15 nur eine zwischenstaatliche Verpflichtung zur Rückgabe der überlassenen Beweisstücke (und Urkunden) begründet sei, erscheint mir unbegründet.

Soweit nach dem Deutsch-Belg. AusliefVertr. eine Auslieferungspflicht besteht, erstreckt sich diese bloß auf die Person des Verfolgten. Es ist aber selbstverständlich, daß der Verfolgte ohne die notdürftige bewegliche Habe, welche im Augenblick der Festnahme in seinem Besitz betroffen wurde, den fremden Behörden nicht überliefert werden kann. Deshalb sind die beteiligten Regierungen im Art. 10 dahin übereingekommen, daß diese Sachen — ohne daß darum ersucht zu werden braucht — im Zusammenhang mit der Auslieferung der ersuchenden Regierung unter Verzicht auf das Recht der eigenen Rückforderung, aber unter dem Vorbehalt von Rechten dritter Personen mit übergeben werden sollen. Das gleiche gilt für die entfremdeten Gegenstände und alle anderen Beweisstücke, welche der Verfolgte zur Zeit der Ergreifung in seinem Besitz hatte. Es soll also, das ist der Sinn der Vertragsbestimmung, der Ergriffene so, wie er in die Hände der ausländischen Behörden gefallen ist, dem verfolgenden Staate überantwortet werden. Nur ist insoweit eine Herausgabepflicht nicht begründet, die Ausantwortung vielmehr in das freie Belieben des ersuchten Teils gestellt worden (verba: „wenn die zuständige Behörde ... die Ausantwortung ... angeordnet hat"). Anders liegt es bei denjenigen Beweisstücken, die bei der Festnahme nicht in den Gewahrsam von Behörden des ersuchten Landes gelangt sind, und die von dem fremden Staate — gestützt auf Art. 15 — für sich allein oder auch losgelöst von dem Ersuchen um Auslieferung im Interesse der von ihm geführten Untersuchung begehrt werden. Hier ist die ersuchte Behörde (vorausgesetzt, daß das Ersuchen in rechter Form angebracht wurde) genötigt, die begehrten Gegenstände sicherzustellen und die beschlagnahmten Sachen, wenn keine besonderen Bedenken obwalten, der fremden Regierung „herauszugeben". Dies jedoch nur unter der Bedingung, daß die Beweisstücke demnächst ihr zurückgegeben werden, weshalb hier (im Gegensatz zur Herausgabe im Falle des Art. 10) besser von „zeitweiliger Überlassung" gesprochen wird.

Aus dem Vorbehalt des Art. 10 Abs. 2, daß Rechte dritter Personen unberührt bleiben und daß an sie die überlieferten Gegenstände nach Schluß des gerichtlichen Verfahrens zurückgegeben werden sollen, folgt, daß der Dritte, und mag er ein noch so gutes Privatrecht an den Gegenständen besitzen, der Herausgabe nicht widersprechen, sondern bloß Gegenvorstellung erheben kann, und implizite, daß die ersuchte Regierung die Herausgabe grundsätzlich nicht um deswillen versagen will, weil möglicherweise Rechte dritter Personen bestehen. Der Vorbehalt besagt aber weiter, daß der Dritte von der ausliefernden Regierung die Rückgabe solcher Gegenstände, welche diese bei der Festnahme des Verfolgten in vorübergehende Verwahrung genommen hatte, nicht beanspruchen kann, die Pflicht zur Herausgabe vielmehr allein den Verfolgten oder die Organe der ersuchenden Regierung trifft. Und endlich gestattet er den Behörden des die Auslieferung betreibenden Landes die durch Vermittlung des fremden Staates in ihren Besitz gelangten Gegenstände an den Dritten, namentlich an den Verletzten, zurückzugeben, wenn sie nach ihrem innerstaatlichen Recht hierzu berechtigt oder verpflichtet sind (vgl. § 111 StPO.; RG. 108, 250). Anders in den Fällen des Art. 15. Zwar kann auch hier ein Dritter unter Berufung auf sein privatrechtliches Interesse der Überlassung sich nicht widersetzen. Aber hier darf die ersuchte Regierung (wenn nicht besondere Bedenken entgegenstehen) ihrer Überlassungspflicht nicht aus dem Grunde entsagen, weil privatrechtliche Ansprüche Dritter, selbst ein besseres Recht eines eigenen Staatsangehörigen, bestehen. Denn sie ist vertraglich verpflichtet, das begehrte Beweisstück nach Sicherstellung oder Beschlagnahme der ersuchenden Behörde zur Verfügung zu stellen, m. a. W. vorübergehend in die Rechtssphäre des Dritten auch gegen dessen Einspruch gewaltsam einzugreifen, und der Dritte muß diesen staatlichen Eingriff erdulden. Durch die in Ausübung eigener Justizhoheit erfolgende Inbesitznahme des beschlagnahmten Gegenstandes entsteht aber zwangsläufig zwischen dem ersuchten Staat und dem betroffenen Dritten eine — nach deutscher Auffassung (RG. 115, 419): öffentlich-rechtliche — Rechtsbeziehung, kraft deren der ersuchte Staat und seine Organe u. a. verpflichtet sind, das Beweisstück spätestens nach Beendigung der ausländischen Untersuchung an den Betroffenen zurückzugeben. Bei dieser Sachlage lag es nahe, diese — und allein diese — Verpflichtung, die der ersuchte Staat im Interesse der Förderung eines fremden Strafverfahrens auf sich genommen hatte, völkerrechtlich zu sichern und dem ersuchten Staate Gewähr dafür zu verschaffen, daß er demnächst seiner Rückgabepflicht Genüge leisten könne. Indem aus diesem Grunde die Pflicht zur Leistung der Rechtshilfe an die Bedingung geknüpft wurde, daß die Beweisstücke an den leistenden Staat zurückzugeben seien, fanden zugleich die privatrechtlichen Belange desjenigen, der von der Beschlagnahme betroffen worden war, einen ausreichenden Schutz. Die etwaigen zivilrechtlichen Ansprüche des Verletzten gegen den Dritten in diese Vereinbarung einzubeziehen, dazu lag nach dem Gegenstand des auf die Belange der Strafrechtspflege abgestellten Vertrages kein Anlaß vor. In ihrer Tendenz weichen also die Vorbehalte der Art. 10 und 15 voneinander ab: Dort in erster Linie Sicherung des Drittberechtigten, hier hauptsächlich Schutz der zur Rechtshilfe in Anspruch genommenen Regierung.

3. Die Zulässigkeit der erbetenen Rechtshilfe war hiernach nach dem AusliefVertr. (Art. 15) zu beurteilen und, da dieser bezüglich der Form des Ersuchens nichts vorschreibt, an die Vorlegung eines „Beschlagnahmebeschlusses" (§ 35 Abs. 2 DAusliefG.) nicht gebunden; denn für die ersuchten deutschen Gerichte ist der AusliefVertr. geltende Norm (vgl. RGSt. 54, 108). Etwas Gegenteiliges kann auch damit nicht begründet werden, daß bestehenden Verträgen gegenüber die Vorschriften des Gesetzes über das innerstaatliche Verfahren Geltung beanspruchten (vgl. Ziff. 3 d. Grundsätze d. RJM. v. 17. März 1930, abgedr. bei Mettgenberg, S. 548). Denn bei der Vorschrift des § 35 Abs. 2 DAusliefG. handelt es sich um eine — formelle — Zulässigkeitsvoraussetzung und nicht um eine innerstaatliche Verfahrensvorschrift.

OLGR. Dr. Dörffler, Berlin.

Zu 26. Dem Beschluß ist durchweg zuzustimmen. Er beruht auf folgenden Erwägungen: Die Auslieferung ist nach § 4 Nr. 3 AusliefG. unzulässig, wenn a) für die Tat „die deutsche Gerichtsbarkeit begründet" und b) gegen den Verfolgten von deutschen Behörden ein Urteil erlassen ist. Ob die erste Voraussetzung vorliegt, richtet sich im obigen Falle nach den §§ 3, 4 StGB. Sofern es sich um eine fortgesetzte Tat handelt, deren Einzelakte z. T. in Deutschland, z. T. im Auslande begangen sind, sind die deutschen Gerichte schon nach § 3 StGB. zuständig. Das folgt aus dem Wesen der fortgesetzten Handlung. Auf die — an sich zutreffenden — Erörterungen zur Rechtskraftfrage dürfte es demnach gar nicht mehr ankommen. § 4 Nr. 3 AusliefG. verlangt nicht rechtskräftige Aburteilung in Deutschland.

Nicht unbedenklich scheint mir übrigens die Meinung Mettgenbergs (Komm. Nr. 61 S. 260), ein deutsches Urteil, das ohne die Voraussetzungen deutscher Gerichtsbarkeit ergehe, sei nichtig („rechtlich unmöglich") und könne keine Rechtswirkungen erzeugen. Obgleich völkerrechtliche Erwägungen dafür sprechen mögen, ist es fraglich, ob man so weit gehen kann, ein Urteil nur wegen Verstoßes gegen die §§ 3, 4 StGB. für nichtig zu erklären.

LGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

---

[2]) Vgl. auch die deutsche Fassung des Art. 15 Bad.-Ital. AusliefVertr. von 1867 (BadRegBl. 1867, 203).

Übersicht der Rechtsprechung.

Die mit ■ bezeichneten Entscheidungen können als besonders wichtig gelten. D. S.

Heft 39 und 40.

A.

Zivilrecht.

1. Materielles Recht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Indentität zweier Vereine. KG. 2740[2]

§ 138 BGB. Grundsätze für die Gültigkeit vertraglicher Freizeichnungsklauseln. Grenzen der Berechtigung der Ausnutzung der wirtschaftlichen überlegenheit der Unternehmergruppe. RG. 2719[19]

§ 196 Ziff. 1, 7 BGB.; § 1 HGB. Die kurze Verjährung greift nicht Platz, wenn ein Chausseebauunternehmer sich als Kaufmann bezeichnet, ohne es zu sein. RG. 2699[9]

§ 242 BGB. 1. Der Ausgleichsanspruch des Käufers, der eine später aufgewertete Hypothekenschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, ohne daß diese übernahme vom Hypothekengläubiger genehmigt worden wäre, ist anzuerkennen und scheitert nicht daran, daß der Käufer das Grundstück erhalten hat. 2. Dagegen kann dem aus der übernahme sich ergebenden Befreiungsanspruch des Verkäufers der Käufer nicht die Härteklausel aus § 15 AufwG. entgegenhalten. 3. Für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist zu ermitteln, welche Forderung der Käufer zu übernehmen glaubte; dies ist bei einem aus Angebot und Annahme zustande gekommenen Vertrag nach der Zeit des Angebots, ferner nicht allein nach der Tabelle des AufwG. zu berechnen, sondern auch nach anderen passenden Maßstäben. RG. 2708[15]

§ 242 BGB. Sind ein Amtsverband und eine aus dem Verband ausscheidende Gemeinde bei ihrem im Jan. 1921 abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrag von einer im Okt. 1919 unter den damaligen Geldverhältnissen aufgestellten Berechnung ausgegangen, so ist dieser Umstand bei Abmessung der Höhe der Aufwertung in gebührende Rücksicht zu ziehen. RG. 2707[14]

§ 242 BGB. Sept. 1927 erhobener Aufwertungsanspruch. Die Frage der Verwirkung ist nur nach den Verhältnissen des Vertragsfalles zu beantworten. RG. 2700[10]

§ 242 BGB. Aufwertung einer Forderung, die durch 1921 erfolgte Abtretung einer Hypothek an Erfüllungs Statt getilgt ist, wenn infolge der Abtretung die Hypothek mit einem geringeren Betrage aufgewertet ist. RG. 2702[12]

§ 242 BGB. Verwirkung des im Nov. 1928 außergerichtlich, Juni 1929 gerichtlich erhobenen Anspruchs auf Aufwertung eines die Teilauseinandersetzung zweier Gesellschafter betreffenden im Nov. 1922 abgeschlossenen Vergleichs. RG. 2704[13]

§ 242 BGB. Der Aufwertungsanspruch wird nicht verwirkt, wenn zunächst ein Teilanspruch erhoben und Restanspruch nur vorbehalten ist. RG. 2699[9]

■ § 249 BGB. Führt die Veruntreuung der Anzahlung auf die beabsichtigte Bestellung einer Maschine im Endergebnis dazu, daß der Anzahlende die Maschine im Wege der Zwangsversteigerung zu einem Schleuderpreis erwirbt, so ist der Wert, den der Erwerb einer solchen Maschine in einem Zwangsversteigerungsverfahren für ihn bietet, bei der Bemessung des durch die Veruntreuung verursachten Schadens nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. RG. 2720[20]

§§ 270, 254 BGB. Verschulden des Schuldners bei Geldsendungen mittels Einschreibebriefs. OLG. Königsberg 2753[12]

■ § 313 BGB. Zulässigkeit formloser Aufhebung — nicht Abänderung — eines Grundstücksvertrages. RG. 2721[21]

§ 326 BGB. Dadurch, daß der vertragstreue Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. verlangt, wird der Vertrag nicht zur Auflösung gebracht. Ein Anspruch auf Rückgabe der Gegenleistung (hier des Kaufgegenstandes) ist deshalb unbegründet. RG. 2722[22]

§§ 426, 254 BGB. Haben zwei Personen durch Unterlassung einer Fürsorge für Dritte einen Schaden verursacht, so ist für die Beurteilung der Ausgleichspflicht zwischen ihnen als Gesamtschuldnern die Tatsache beachtlich, daß der Eine dem Anderen gegenüber die Verpflichtung zu solcher Fürsorge übernommen hatte. RG. 2781[1]

§§ 443, 157 BGB. Durch den vertraglichen Ausschluß jeglicher Gewährleistung für Sachmängel und Mängel im Recht wird der Verkäufer nur von der Haftung für solche Rechtsmängel frei, die den wirtschaftlichen Bestand des Kaufgegenstandes in seinen wesentlichen Beziehungen unangetastet lassen. OLG. Stettin 2756[15]

■ § 571 BGB. In der Bestimmung eines Grundstückskaufvertrages, daß die Nutzungen des Kaufgrundstücks von einem bestimmten Tage ab auf den Käufer übergehen oder ihm „zustehen" oder „gehören", „ist eine Abtretung der Mieten nicht zu erblicken. Auch eine gleichzeitig dem Käufer — zum Zwecke der Legitimation gegenüber den Mietern — erteilte Verwaltungsvollmacht rechtfertigt keinen andern Schluß. KG. 2746[4]

§ 626 BGB. Kann der Arbeitnehmer nach seinem schriftlichen Dienstvertrag davon ausgehen, daß er für normale Leistungen eingestellt sei, so darf der Arbeitgeber an seine Sachkenntnis und Leistungsfähigkeit nicht außergewöhnliche Anforderungen stellen. RArbG. 2757[1]

§§ 745, 748, 2038 BGB. Das Individualrecht eines Teilnehmers gem. § 745 BGB. hat den Vorzug gegenüber den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung. Rücklagen für eine noch nicht fällige Aufwertungshypothek zählen nicht zu den Lasten i. S. des § 748 BGB. RG. 2722[23]

§ 812 BGB. Der Veräußerer eines Grundstücks kann bei Nichtigkeit der Eigentumsübertragung und des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes die Zustimmung zu seiner Wiedereintragung vom Erwerber nach Bereicherungsgrundsätzen fordern, auch wenn er selbst nicht Eigentümer des Grundstücks ist. RG. 2723[24]

■ §§ 812 ff., 951, 677 BGB. Wer auf fremdem Grunde für eigene Rechnung Bauten zu Ende führt, um sie vor dem Verfall zu retten, hat gegen den Grundeigentümer einen Bereicherungsanspruch. Diese besteht in einem anteiligen Wertersatz und richtet sich nach dem Zeitpunkt der Errichtung der Gebäude. RG. 2724[25]

§§ 823, 859 BGB. Wer in Ausübung an sich erlaubter Selbsthilfe einen Menschen, der sich in einer die Gefahr des Stürzens naheliegenden Stellung befindet, zurückstößt, wo ein Wegdrängen oder gar schon eine ausdrückliche Aufforderung genügen würde, handelt schuldhaft. RG. 2782[2]

■ § 826 BGB. Die Ausnutzung des Ranges durch den nur dinglich haftenden Eigentümer verstößt nicht gegen § 826 BGB. und schafft nicht die Voraussetzungen des § 1 AnfG. RG. 2689[1]

■ §§ 842, 843 BGB. Kann der Verletzte mit dem ihm verbliebenen Bruchteil seiner Erwerbsfähigkeit keine Arbeit finden, so entgeht ihm nicht nur ein Bruchteil seines Durchschnittsverdienstes, sondern der ganze Durchschnittsverdienst. RG. 2725[26]

§§ 873, 891 BGB.; PrGrVerkG. vom 10. Febr. 1923. Die nachträgliche behördliche Genehmigung zu der Auflassung macht den Erwerber dann nicht zum Eigentümer, wenn er zwar vor der Erteilung der Genehmigung zunächst als Eigentümer eingetragen, diese Eintragung aber im Augenblick der Erteilung durch Berichtigung des Grundbuchs wieder beseitigt und eine neue Eintragung des Eigentumswechsels nicht erfolgt ist. RG. 2726[27]

■ §§ 879, 880 BGB. Recht i. S. § 879. Erhöhung der Zinsen der eingetragenen Hypothek ist Änderung einer Nebenleistung. Das Rangverhältnis kann hinsichtlich eines Nebenrechtes ein anderes sein, als für das Hauptrecht. Rangverhältnis zwischen den in der Hauptspalte und den in der Nebenspalte vermerkten Rechten. RG. 2727[28]

§ 881 BGB. 1. Rangvorbehalt des § 881 BGB. wirkt gegenüber demjenigen Recht, welches im Range zurücktreten soll, nur, wenn er bei diesem Recht eingetragen ist. 2. Der Eigentümer kann sich im Falle des § 881 BGB. die Befugnis vorbehalten, eine Reichsmarkhypothek von bestimmtem Nennbetrage oder eine Goldmarkhypothek von gleichem Nennbetrage mit dem Range vor einem anderen Recht eintragen zu lassen. KG. 2740[3]

■ §§ 883, 1113 BGB. Die Eintragung nachfolgender Erklärung im Grundbuch ist zulässig: „Ich bewillige und beantrage die Eintragung dieser (Höchstbetrags-) Hypothek in das Grundbuch. Auf Verlangen der Gläubigerin bin ich verpflichtet, nach Feststellung der Höhe ihrer Forderung darein zu willigen, daß die Sicherungshypothek in Höhe des festgestellten Betrages nebst Zinsen in eine gewöhnliche Hypothek nebst 5% jährlicher Zinsen umgewandelt wird. Zur Sicherung dieses Anspruchs bewillige und beantrage ich die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch zugunsten des Gläubigers der obigen Hypothek." KG. 2743[5]

§§ 883, 894, 899 BGB. Rechtslage infolge einer zu Unrecht erfolgten Löschung einer Vormerkung. Hiergegen ist, wenn auch die Vormerkung kein auch nur bedingtes dingliches Recht am Grundstück ist, doch Eintragung eines Widerspruches und Grundbuchberichtigungsanspruch gegeben. RG. 2729[29]

§§ 883, 888 BGB.; § 848 ZPO. Ist ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf

übertragung des Eigentums an einem Grundstück gepfändet, so kann der Pfändungsgläubiger nach dem Eigentumserwerb des Schuldners von den Inhabern der nach Eintragung der Vormerkung anspruchswidrig eingetragenen Rechte die Zustimmung dazu verlangen, daß die für ihn kraft Gesetzes entstandene Sicherungshypothek den Vorrang vor jenen Rechten erhält. Ohne den Nachweis der Zustimmung darf der Vorrang der Sicherungshypothek im Grundbuch nicht vermerkt werden. KG. 2742[4]

■ §§ 891, 894, 879, 892 BGB. Rechtliche Bedeutung des Widerspruches für die Frage des gutgläubigen Erwerbes. Ein Widerspruch fällt nicht unter die Rangvorschrift des § 879 BGB., der Widerspruch hat vielmehr den Rang, der dem durch ihn gesicherten Rechte zukommt. Wirkung des das Eigentum sichernden Widerspruches gegen jede Verfügung, als deren Grundlage Eigentum notwendig ist. RG. 2730[30]

§ 892 BGB. Beim Verkauf eines Grundstücks an eine vom Veräußerer mit einem anderen gegründete GmbH., deren Geschäftsführer er in Gemeinsamkeit mit dem anderen ist, und an der er mit $^3/_4$ Anteilen beteiligt ist, liegt ein Verkehrsgeschäft vor, wie § 892 BGB. es voraussetzt. RG. 2731[32]

§ 892 BGB. Personengleichheit zwischen Veräußerer und Erwerber am Tage der grundbuchlichen Antragsstellung auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer, wenn die Gründer der das Grundstück erwerbenden AktG. in versteckter Stellvertretung für den bisherigen Eigentümer, der wirtschaftlich nach wie vor über das Grundstück verfügt, sich an der AktG. beteiligt haben. RG. 2731[31]

§ 1021 BGB.; Art. 184 EGBGB. Dingliche Haftung des berechtigten Grundstücks für die Kosten der Unterhaltung einer zur Ausübung der Grunddienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück bestehenden Anlage. KG. 2744[1]

§ 1023 BGB. Steht einer Gasanstalt das dauernde Recht zu, städtische Straßen und Plätze für Legung und Unterhaltung von Gasrohren zu benutzen, so hat mangels anderweitiger vertragsmäßiger Regelung die Stadt die Kosten der durch Änderung der Straßen erforderlichen Verlegung der Gasrohre zu tragen. OLG. Naumburg 2753[13]

■ §§ 1115, 1118 BGB.; § 28 AufwG. Die vertraglich vereinbarten Strafzinsen sind ihrer rechtlichen Natur nach als Nebenleistungen i. S. § 1115 BGB. anzusehen, so daß es der Aufnahme des Zinssatzes und der Nebenleistung im Eintragungsvermerk bedarf. § 1118 BGB. findet keine Anwendung. KG. 2747[5]

§§ 1154, 1192, 158 Abs. 2, 185, 182 BGB. 1. Wird die Tilgung der Forderung, zu deren Sicherung die Abtretung einer Grundschuld erfolgt ist, zur auflösenden Bedingung der Abtretung gesetzt, dann geht die Grundschuld nur auflösend bedingt in das Vermögen des Erwerbers über und fällt mit dem Eintritt der Bedingung ohne neues rechtsgeschäftliches Handeln der Beteiligten an den Schuldner zurück. 2. Die Abtretung einer Grundschuld durch einen Nichtberechtigten wird infolge Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten, die nicht der für das Hauptgeschäft bestimmten Form bedarf, wirksam. RG. 2695[5]

§§ 1164 ff., 1163, 1192, 1143, 412, 426, 401 BGB. Der befriedigende persönliche Schuldner genießt bei einer Grundschuld nicht Vorzugsstellung, die ihm bei einer Hypothek eingeräumt ist. OLG. Dresden 2750[8]

§ 1177 BGB. Arglisteinrede gegenüber der Berufung des Grundstückseigentümers auf die Nichtfälligkeit der Eigentümergrundschuld. OLG. Breslau 2749[7]

■ §§ 1190, 1132 BGB.; § 867 Abs. 2 ZPO. Belastung mehrerer Grundstücke mit einer Höchstbetragshypothek — ohne Begründung einer Gesamthypothek für diese — zur Sicherung eines und desselben ungeteilten Forderungskreises. RG. 2732[33]

■ § 1191 BGB. Rechtsverhältnis des Grundschuldgläubigers und Grundschuldbestellers an einer nicht valutierten Grundschuld. Die Erklärung des Grundschuldgläubigers im Verteilungstermin, er erhebe keinen Anspruch auf den Erlös, weil die Grundschuld nicht valutiert sei, stellt keinen Verzicht auf die Grundschuld dar. Ein wirklich im Verteilungstermin erklärter Verzicht bedarf nicht der Eintragung in das Grundbuch. Wirkung des Verzichtes. Für die Beurteilung der Widerspruchsklage gegen den Verteilungsplan ist nur die Zeit des Verteilungstermins maßgebend. RG. 2733[34]

§§ 1247, 1249, 268, 1225 BGB. Sind mehrere Sachen verschiedener Dritteigentümer zum Pfand gegeben und ist eine dieser Sachen auf Grund eines vom Schuldner (Verpfänder) erteilten Versteigerungsauftrags versteigert und damit der Pfandgläubiger befriedigt worden, so hat der Eigentümer dieser versteigerten Sache gegen die Eigentümer der anderen mitverpfändet gewesenen Sachen einen Ausgleichsanspruch. OLG. Frankfurt a. M. 2751[9]

Ausplaudern von Intimitäten des ehelichen Verkehrs ist grundsätzlich eine schwere Eheverfehlung i. S. des § 1568 BGB. OLG. Kiel 2844[1]

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Art. 184 EGBGB.; § 1021 BGB. Dingliche Haftung des berechtigten Grundstücks für die Kosten der Unterhaltung einer zur Ausübung der Grunddienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück bestehenden Anlage. KG. 2744[1]

Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte.

§§ 1, 4 AbzG. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Ges. über Abzahlungsgeschäfte. OLG. Nürnberg 2753[14]

§ 5 AbzG. Eine Vereinbarung, daß die Wegnahme der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache nicht die Wirkung des Rücktritts vom Vertrage habe, entgegen § 5 AbzG., ist unzulässig. OLG. Stuttgart 2755[17]

Betriebsrätegesetz.

§§ 15, 40 BetrRG.; §§ 20, 33 WahlO. z. BetrRG. Für die Mietgliederzahl des Betriebsrats ist der Stand der Belegschaft zur Zeit seiner Errichtung maßgebend. Für dauernd ausscheidende oder vorübergehend verhinderte Mitglieder treten die Ersatzmitglieder ein. Unterlassene Zuziehung eines Ersatzmitglieds zur Betriebsausschußwahl ist Verletzung einer wesentlichen Vorschrift über das Wahlverfahren i. S. von § 20 WahlO. RArbG. 2758[2]

Aufwertungsgesetz.

§ 3 Abs. 2 Satz 2 AufwG. Der Zusammenhang wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß nur ein Teil der alten Forderung durch Hypothek gesichert war. OLG. Stuttgart 2755[16]

§ 7 AufwG.; § 826 BGB.; § 1 AnfG. Die Ausnutzung des durch § 7 AufwG. vorbehaltenen Ranges ist nicht dadurch bedingt, daß der Eigentümer die Grundschuld zur Kreditbeschaffung benutzt. RG. 2689[1]

§ 16 AufwG. Aufwertung der persönlichen Forderung, die durch Hypothek auf einem in Oberschlesien gelegenen, an Polen gefallenen Grundbesitz gesichert war. Durch Anmeldung des Anspruches beim AG., das vom OLG. als AufwSt. bestimmt worden ist, wird die Frist des § 16 AufwG. gewahrt. RG. 2690[2]

§ 17 AufwG. Der ursprüngliche Gläubiger ist an der Aufwertung nur dann beteiligt, wenn schon in seiner Hand eine durch Hypothek gesicherte Forderung bestanden hat. RG. 2694[3]

§§ 20, 15 AufwG.; § 11 III. StNotVO.; § 892 BGB. Unrichtigkeit des Grundbuches infolge Vorbehalt der Rechte bei Rückzahlung in der Zeit der Geltung der III. StNotVO. Kenntnis dieser Rechtsauffassung war aber Ende 1924 nicht allgemein bekannt. Auch erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuches stehen der Kenntnis von der Unrichtigkeit nicht gleich. RG. 2695[4]

§ 22 Abs. 2 AufwG. Nach dem 1. Juli 1925 valutierte, aber schon früher eingetragene Höchstbetragshypothek gehen im Range einzutragenden Aufwertungshypotheken vor. OLG. Köln 2752[11]

§ 65 AufwG. Dem Anspruch einer kraft Dienstvertrages angestellten Person, die Gehaltsteile gegen Verzinsung im Geschäfte des Dienstgebers stehen ließ, steht das Aufwertungsverbot des § 65 AufwG. nicht entgegen. Durch eine dahingehende Vereinbarung verliert das Guthaben nicht seine Natur als Arbeitnehmereinlage. Für die Frage der Verjährung gelten indessen die Grundsätze der Aufnahme der Einzelposten in eine laufende Rechnung. RG. 2697[6]

Aufwertungsgesetznovelle.

§ 14 AufwGNov. Keine Aufwertung von Eigentümergrundschulden, von Hypotheken des Verkäufers, auch dann nicht, wenn die Veräußerung des Grundstücks einer AktG. oder GmbH. rechtlich nicht in Gestalt einer übertragung des Eigentums am Grundstück, sondern der übereignung aller Aktien, Geschäftsanteile auf den Erwerber sich vollzieht. RG. 2698[8]

§ 14 AufwGNov. Rückwirkende Herstellung der für den Tatbestand des § 14 erforderlichen Beziehungen des Erwerbers zur Ablösung der Hypothek bei Vorliegen eines Zwischenmannes, wenn dieser vom Erwerb des Grundstücks zurückgetreten ist, und der Erwerber das, was jener zur Hypothekenablösung bis dahin vorbereitet hatte, genehmigend übernommen hat. RG. 2698[7]

Anleiheablösungsgesetz.

Zum Begriff des Schuldscheines gemäß § 30 Abs. 3 AnlAblösG. Gegenüber den Angriffen im Schrifttum hält das RG. an seiner bisherigen Rspr. fest. RG. 2715[18]

§§ 30, 40 AnlAblösG. Ein Schuldschein i. S. der §§ 30, 40 liegt nicht vor, wenn dessen Erfordernisse erst aus drei Urkunden unter Zuhilfenahme der Korrespondenz zusammengestellt werden können. Es ist möglich, daß der Teil eines Darlehns als Schuldscheindarlehn nach dem AnlAblösG. und der Rest nach dem AufwG. aufzuwerten ist. RG. 2712[16]

§§ 30, 40 AnlAblösG. Das Sparbuch einer städtischen Sparkasse ist kein Schuldschein der Gemeinde. RG. 2713[17]

Durchführungsverordnung zum Aufwertungsgesetz.

Art. 21, 22 DurchfVO. v. 29. Nov. 1925 z. AufwG.; § 111 ZwVerstG. Der Zwischenzins kann im Zwangsversteigerungsverfahren auch bei solchen Posten abgezogen werden, die durch Zurückzahlung von frühe-

ten Aufwertungsgrundpfandrechten entstanden sind. KG. 2745[3]

Der in Art. 129 DurchfVO. z. AufwG. v. 29. Nov. 1925 (RGBl. 1925, I 392) festgelegte Grundsatz der Streitwertfestsetzung gilt mangels anderer gesetzlicher Regelung auch für das Verfahren vor der Aufwertungsstelle über den Antrag auf Bewilligung einer Zahlungsfrist nach dem Gesetz über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken v. 17. Juli 1930. LG. Leipzig 2757[1]

Handelsgesetzbuch.

§ 2 HGB.; § 2 RennwG. nebst Ausf.-Best. v. 16. Juni 1922. Ein Buchmacher kann Kaufmann sein. BayObLG. 2835[1]

2. Verfahren.

Zivilprozeßordnung.

§ 91 ZPO. Wird das Urteil des zweiten Rechtszuges gegen eine Partei nur auf Grund eines nach seiner Verkündung eingetretenen, von ihrem Willen unabhängigen Ereignisses — hier zufolge eines Erlasses eines den bis dahin bestehenden Anspruch zerstörenden Gesetzes — aufgehoben, so bleiben die Kosten des ersten und zweiten Rechtszuges der anderen Partei zur Last. RG. 2700[11]

§ 547 ZPO. Die Wiederholung der einfachen Beschwerde mit derselben Begründung ist unzulässig. OLG. Königsberg 2844[2]

§ 606 Abs. 4 ZPO. Tschechoslowakische Ehegatten können in Deutschland nicht geschieden werden. OLG. Stuttgart 2756[18]

§§ 817, 819 ZPO.; §§ 185, 286 BGB. Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen durch den Verkäufer. KG. 2745[2]

§ 848 ZPO.; §§ 883, 888 BGB. Pfändung durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück. KG. 2742[4]

Anfechtungsgesetz.

§ 1 AnfG. Die Ausnutzung des Ranges durch den nur dinglich haftenden Eigentümer verstößt nicht gegen § 826 BGB. und schafft nicht die Voraussetzungen des § 1 AnfG. RG. 2689[1]

Grundbuchordnung.

■ Die nachträgliche Eintragung der Schwankungsklausel. KG. 2740[1]

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§ 2 StGB. Eine fortgesetzte Handlung, die, unter der Herrschaft eines Gesetzes begonnen, bis in die Geltungsdauer eines neuen Gesetzes hinein vorgenommen wird, ist erst unter der Geltung des neuen Gesetzes „begangen“, so daß § 2 Abs. 2 StGB. nicht anzuwenden ist. OLG. Dresden 2854[22]

§ 19 StGB. Eine Freiheitsstrafe darf nicht nach Bruchteilen eines Monats bemessen werden. Bei der Berechnung nach Monatsbruchteilen sind als Dauer eines Monats 30 Tage in Ansatz zu bringen. RG. 2786[5a]

§§ 43, 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Zur Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuch. Wer einen falschen Schlüssel in diebischer Absicht in das Schloß einführt und damit vergeblich versucht, das Schloß zu öffnen, ist wegen versuchten schweren Diebstahls strafbar. RG. 2787[6]

■ § 51 StGB. Von der Zurechnungsfähigkeit, die einen Zustand der Bewußtseinsstörung oder krankhaften Störung der Geistestätigkeit erfordert, durch den die freie Willensbetätigung ausgeschlossen ist, muß streng unterschieden werden bloße Unkenntnis des Vorhandenseins gewisser Tatbestandsmerkmale i. S. von § 59 StGB., also Nichtzurechenbarkeit zur Schuld bei vorhandener, wenn auch verminderter Zurechnungsfähigkeit. RG. 2827[49]

§ 51 StGB. Ein die Verantwortlichkeit des Täters ausschließender Zustand liegt nicht erst dann vor, wenn der Täter „sinnlos betrunken“ ist. RG. 2787[7]

§ 53 StGB. 1. Die Bestimmungen über Straflosigkeit des Notwehrexzesses sind nur dann anwendbar, wenn die Voraussetzungen der Selbstverteidigung objektiv vorliegen. 2. Im Falle der vermeintlichen (Putativ-) Notwehr ist stets zu prüfen, ob der irrige Glaube unverschuldet ist. 3. Das Gebot an den rechtswidrig Angegriffenen, die Abwehr durch seinerseitigen Verstoß gegen die Strafgesetze dann zu unterlassen, wenn das Recht des Angegriffenen auf Schutz sich ohne jedes Opfer an eigenen berechtigten Interessen verwirklichen läßt, gilt auch für den Fall der vermeintlichen (Putativ-) Notwehr. RG. 2788[8]

§§ 53, 59, 113 StGB.; § 261 StPO. Der Polizeibeamte, der einen Straßenpassanten festnimmt, weil er diesen im Verdacht hat, an einer verbotenen Versammlung teilgenommen zu haben, befindet sich in rechtmäßiger Amtsausübung. Dem Festgenommenen steht daher ein Notwehrrecht auch dann nicht zu, wenn der Verdacht unbegründet war, wohl aber dann, wenn der Polizeibeamte ihm bei der Festnahme ohne Anlaß Schläge versetzt. Wegen Notwehr muß schon dann freigesprochen werden, wenn die Möglichkeit besteht, daß sich der Angekl. gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff verteidigte. RG. 2789[9]

§§ 59, 284, 284 a, 285 StGB. Der allgemeine Irrtum des Täters über die Notwendigkeit polizeilicher Erlaubnis für den Spielbetrieb stellt einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum dar. Dagegen ist die Annahme des Täters, daß es vorwiegend auf die Geschicklichkeit des einzelnen Spielers ankomme, ob er mit Gewinn oder Verlust arbeite, ein die Strafbarkeit ausschließender Irrtum über das Vorhandensein eines für den Begriff des „Glücksspiels“ wesentlichen Tatumstandes. RG. 2791[11]

§ 59 StGB. Im unbeachtlichen Strafrechtsirrtum befindet sich derjenige, welcher trotz Kenntnis der maßgebenden Umstände den Begriff des Glücksspiels nicht als erfüllt erachtet. Das gilt selbst dann, wenn er durch Auskünfte von Sachverständigen oder Behörden in seinem Irrtum bestärkt worden wäre. RG. 2813[32]

§ 59 StGB. Entschuldbar ist der Irrtum des Lehrers über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Züchtigungsrechts. RG. 2789[10]

§ 67 Abs. 4 StGB. Eine Handlung ist im Sinne dieser Vorschrift erst dann begangen, wenn die Tat beendet ist. RG. 2791[12]

§ 74 StGB. Die Zusammenfassung mehrerer Einzelhandlungen zu einer fortgesetzten Tat setzt neben dem einheitlichen Vorsatze Gleichartigkeit der Begehung voraus, d. h. die mehreren Einzelhandlungen müssen den Tatbestand des nämlichen Delikts enthalten und dasselbe Rechtsgut verletzen oder gefährden. RG. 2831[53]

§§ 74, 153 f., 263 StGB. Begrifflich ausgeschlossen ist ein Fortsetzungszusammenhang zwischen Meineid und vorsätzlich falscher eidesstattlicher Versicherung oder Betrug. RG. 2820[40]

§ 107 a StGB. Unter den Begriff dieses Verbots einer Versammlung im Sinne dieser Vorschrift fallen nicht die in § 11 RVerG. vorgesehenen polizeilichen Kontroll- und Überwachungsvorschriften, sondern lediglich Willenskundgebungen einer dazu berufenen Stelle der Staatsgewalt (Gesetzgebung oder Verwaltung), daß eine Versammlung zu unterbleiben habe. RG. 2740[39]

§§ 113, 53 StGB.; § 261 StPO. Der Polizeibeamte, der einen Straßenpassanten festnimmt, weil er diesen im Verdacht hat, an einer verbotenen Versammlung teilgenommen zu haben, befindet sich in rechtmäßiger Amtsausübung. RG. 2789[9]

§ 123 StGB. Zum Begriff des befriedeten Besitztums. OLG. Kiel 2852[17]

§§ 128, 129, 73 StGB. Der Begriff der Geheimhaltung. RG. 2816[34]

§ 153 StGB. Erstreckt sich die Eidesnorm auf mehrere Tatsachen und ist auch nur eine dieser Tatsachen wahr, so liegt eine Eidesverletzung vor, wenn der Schwurpflichtige die Nichtwahrheit der in der Eidesnorm vereinigten Tatsachen, also hiermit jeder einzelnen von ihnen beschwört. RG. 2794[15]

§ 153 StGB. Fortsetzungszusammenhang oder Tatmehrheit bei Meineid. RG. 2795[16]

■ § 153 StGB. Die Eidesnorm eines zugeschobenen Eides ist der freien, nicht am Wortlaut haftenden Auslegung zugänglich. RG. 2794[14]

§ 184 StGB. Voraussetzungen für die Annahme der Unzüchtigkeit bei zu einer Serie gehörigen Abbildungen, die für sich allein betrachtet eine geschlechtliche Beziehung nicht erkennen lassen. RG. 2795[17]

■ §§ 185 f., 193, 194 StGB. Zulässig ist die Beschränkung des Strafantrags auf eine von mehreren in gleichartiger Idealkonkurrenz zusammentreffenden Beleidigungen. Verhältnis von § 185 StGB. zu § 186 StGB. Das Wort „Lügner“ ist nicht unter allen Umständen als der Form nach als beleidigend anzusehen. RG. 2800[19]

■ §§ 185, 186, 193 StGB.; §§ 167, 175 MilStGerO. Eine Äußerung, durch die einem Beamten die Befähigung für sein Amt abgesprochen wird, stellt sich als Beleidigung dar, die den Schutz des § 193 StGB. nur dann genießt, wenn der Täter ein eigenes oder ihn persönlich nahe angehendes Interesse hat wahrnehmen wollen. Bedeutung des Erfordernisses der Identität der den Gegenstand der üblen Nachrede bildenden Tatsache und der Tatsache, für die der Wahrheitsbeweis geführt wird. RG. 2795[18]

§§ 185, 186 StGB. 1. Bedingter Vorsatz genügt zur Feststellung des inneren Tatbestandes der üblen Nachrede. 2. Stehen an sich formal beleidigende Äußerungen mit einem eine üble Nachrede enthaltenden Vorwurf in so engem Zusammenhang, daß sie nur eine Verstärkung dieses Vorwurfs bedeuten, so werden sie von der Verurteilung wegen übler Nachrede mitumfaßt. RG. 2803[20]

§§ 185, 186, 73 StGB. 1. Auch bei einer Formalbeleidigung nach § 185 StGB. ist die Führung des Wahrheitsbeweises nicht grundsätzlich ausgeschlossen, schon weil sie für die Strafzumessung in Betracht kommen kann. 2. Grundsätzlich zehrt, von Ausnahmefällen rechtlichen Zusammentreffens abgesehen, eine üble Nachrede nach § 186 StGB., wenn in ihr zugleich eine Formalbeleidigung nach § 185 StGB. liegt, eine solche Beleidigung auf. RG. 2792[13]

§§ 185, 186, 192 StGB. Beleidigung durch Wiedergabe der — an sich wahren — Äußerung eines anderen, man müsse bei einem — dem Namen nach bezeichneten —

Dritten einmal einbrechen. OLG. Dresden 2847[9]

§§ 185, 186, 192 StGB. Bei Gelingen des Wahrheitsbeweises rechtfertigt die Feststellung der alleinigen Absicht der Nachsucht nicht die Bestrafung. OLG. Königsberg 2863[37]

§§ 185, 193 StGB. Beleidigung durch die Äußerung: „Großer Lügner." OLG. Dresden 2849[11]

§§ 185, 193 StGB. Straflosigkeit des Vorwurfs „erheblicher Dreistigkeit". OLG. Dresden 2849[12]

§§ 185, 193 StGB. Auch der Ausdruck „Lump" kann unter besonderen Umständen straflose Beleidigung sein. OLG. Dresden 2847[9]

§§ 185, 193 StGB. Zuruf an einen Polizeibeamten: „Das grenzt bald an Vaterlandsverrat, man könnte Sie fast als Vaterlandsverräter bezeichnen." OLG. Dresden 2847[8]

§§ 185, 193 StGB. Der Vorwurf „ordinären Verhaltens" stellt nicht immer eine formale Beleidigung dar. OLG. Dresden 2849[13]

§§ 186, 193 StGB. Darin, daß jemand eine auf einem Gerücht fußende üble Nachrede als Tatsache wiedergibt, liegt keine formale Beleidigung. Auch der Ausdruck „Manöver" stellt keine solche dar. OLG. Dresden 2850[14]

§ 193 StGB. Inwieweit hängt der Strafschutz des § 193 StGB. davon ab, daß dem Kundgebenden für die Wahrnehmung seiner Interessen andere Mittel zur Verfügung standen, daß er sich in einer gewissen Zwangslage befand und daß er die beanstandete Nachrede leichtfertig erhob? OLG. Dresden 2850[15]

§ 199 StGB. Dieselbe Tat kann nicht Gegenstand der Verurteilung und zugleich der Straffreierklärung sein. OLG. Dresden 2852[16]

§ 211 StGB. Überlegung. RG. 2802[21]

§ 211 StGB. Vorsatz und Überlegung sind selbständige, voneinander unabhängige Begriffe. RG. 2805[23]

§ 211 StGB. 1. Es widerspricht keiner Lebenserfahrung, daß jemand eine Tat mit Überlegung ausführt, dann aber im Verlaufe des gesamten Tuns vorübergehend doch von dem Gefühl der Schwere der Tat und durch den Anblick der Folgen seiner Handlung überwältigt und bedrückt wird. 2. Der Begriff des überlegten Handelns setzt ein heimliches Vorgehen nicht notwendig voraus. RG. 2805[22]

§ 212 i. Verb. m. §§ 251, 246 StGB. Wegnahme von dem Ermordeten gehörigen Gegenständen — Raub oder Unterschlagung. RG. 2807[24]

§ 213 StGB. 1. Zur Annahme einer schweren Beleidigung i. S. dieser Bestimmung genügt jede schwere Kränkung des Totschlägers durch das Verhalten des Getöteten. 2. Die Vorschrift behandelt nicht einen privileg. Totschlagsfall. RG. 2808[25]

§ 214 StGB.; § 267 Abs. 1 StPO. Im Falle des Totschlags bei Unternehmung einer strafbaren Handlung müssen die Urteilsgründe außer den Tatbestandsmerkmalen der vorsätzlichen Tötung und versuchten Tötung auch diejenigen Tatsachen angeben, die erforderlich sind, um außer Zweifel zu stellen, daß der Totschlag oder dessen Versuch bei „Unternehmung" irgendeiner strafbaren Handlung begangen wurde, einerlei, ob dieses Unternehmen selbst bereits zu einer strafbaren Handlung gediehen war. RG. 2829[50]

§§ 214, 251 StGB. Tötung beim Raub. Die gleichzeitige Anwendung der §§ 214 und 251 StGB. nebeneinander ist rechtlich unmöglich. RG. 2808[26]

§ 217 StGB. Kindesmord durch Unterlassung der Sorge für Beistand bei der Niederkunft. RG. 2809[27]

§ 222 StGB.; BaupolizeiVO.; Unfallverhütungsvorschriften der Baugewerks-Berufsgenossenschaften. Bauunternehmer. Hochspannungsleitung bei Neubauten. Fahrlässige Tötung. Kausalzusammenhang. KG. 2852[19]

§ 223 StGB. Züchtigungsrecht gegen fremde Kinder. OLG. Dresden 2845[7]

§ 223 StGB. Züchtigungsrecht gegen fremde Kinder. KG. 2844[6]

§§ 230, 59 StGB. Die Ausübung eines Züchtigungsrechtes durch den Lehrer setzt voraus, daß ein überhaupt eine Ahndung im Wege der Schulzucht erforderndes Verhalten des Schülers außer Frage steht. RG. 2789[10]

§ 243 StGB. Ein außerhalb der Läden befindlicher Schaukasten kann nicht als Gebäudeteil gelten. RG. 2818[38]

§ 246 StGB. Der Zueignungswille kann unter Umständen dadurch seinen Ausdruck finden, daß der Täter die Sache einem Dritten zur eigentumsgleichen Ausnutzung überträgt, wenn die fremde Sache gerade hierdurch zugleich ihrem Sachwerte nach dem eigenen Vermögen zugeführt wird. RG. 2831[53]

§§ 246, 350 StGB. Durch Vermischung fremden Geldes mit eigenem kann Unterschlagung nur begangen werden, wenn der Täter den Willen hat, sich hierdurch die fremden Gelder zuzueignen. RG. 2823[44]

§ 263 StGB. Im Abruf bestellter Waren nach Übertragung der Geschäftsaktiven liegt die Vorspiegelung, daß der Besteller zur Bezahlung gewillt und imstande ist. RG. 2810[28]

§ 263 StGB. Da das Wesen des Spiel- und Wettvertrages in der Ungewißheit der Vertragschließenden über den Eintritt oder Nichteintritt derjenigen Tatsache besteht, welche zur Entscheidung über Gewinn oder Verlust dient, so ist jede Vertragspartei zur Offenbarung ihrer etwaigen Kenntnis hiervon verpflichtet. RG. 2810[29]

§ 267 StGB. 1. Zur Annahme einer öffentlichen Urkunde muß in formeller Beziehung mindestens aus der Urkunde hervorgehen, daß der zur Vertretung einer bestimmten Behörde oder Amtsstelle berufene Beamte in deren Namen als Aussteller sich kundgibt. Dem steht allerdings weder die Unleserlichkeit noch sogar das Fehlen der Namensunterschrift des Ausstellers entgegen. 2. Zur Form der öffentlichen Urkunde gehört regelmäßig die Beidrückung des Amtsstempels oder -siegels. 3. An der zur Festsetzung einer öffentlichen Urkunde erforderlichen Bestimmung einer Urkunde zu öffentlichem Glauben fehlt es dann, wenn sie nur für den Empfänger persönlich bestimmt ist, ohne die Absicht, ihm damit ein Beweismittel gegen Dritte in die Hand zu geben. RG. 2811[30]

§§ 284 ff. StGB.; § 17 RennwG. Die Ausnahmebestimmung des § 284 Abs. 2 StGB. ist auf § 286 StGB. oder auf andere die Öffentlichkeit als Tatbestandsmerkmal fordernde Glücksspiel- oder Lotteriegesetze nicht anzuwenden. RG. 2812[31]

§§ 284 ff. StGB. Bei der für die Annahme eines Glücksspiels entscheidenden Frage, ob die Entscheidung über Gewinn und Verlust wesentlich vom Zufall oder von der Geschicklichkeit abhängt, sind die Geschicklichkeitstreffer nicht lediglich den Zufallstreffern, sondern dem gesamten auch die Verlierer umfassenden Spielergebnissen gegenüberzustellen. RG. 2813[32]

§§ 284 ff. StGB. An dem öffentlich von ihm veranstalteten Glücksspiel beteiligt sich derjenige zugleich als Selbstspieler, der durch schlüssige Handlungen die Spielverträge zwischen sich und den Spielern aus dem Publikum im eigenen Namen und für eigene Rechnung zum Abschluß bringt. Wird im Falle von Tateinheit zwischen gewerbsmäßigem Glücksspiel und unbefugter öffentlicher Veranstaltung eines Glücksspiels die Strafe zutreffend unter Zugrundelegung des § 285 StGB. festgesetzt, so ist trotzdem die Einziehung auf Grund des § 284 b Satz 1 StGB. gerechtfertigt. Auch das in einer Kassette des Glücksspielapparates befindliche, nur zu seiner Inbetriebsetzung dienende Geld ist als „in der Bank befindlich" anzusehen. RG. 2813[32]

§§ 284, 285 StGB. Ist Ekarté ein verbotenes Glücksspiel? RG. 2783[3]

§§ 348, 350, 351, 359 StGB. 1. Der Inhaber einer Posthilfsstelle ist nach der „Allgemeinen Dienstanweisung für Post und Telegraphie" Beamter. 2. Werden dem Inhaber der Posthilfsstelle seitens des Publikums Geldbeträge zum Zwecke der Erledigung von Zahlungen übergeben, so sind diese Beträge ihm jedenfalls dann amtlich anvertraut, wenn sie ihm von dem Einzahler im Glauben, er sei der für die Annahme zuständige Beamte, gezahlt und von ihm auch in diesem Sinne angenommen wurden. RG. 2814[33]

§ 350 StGB. Beamte im staatsrechtlichen Sinne. — Ein Beamter empfängt amtliche Gelder auch dann, wenn die Gelder auf Grund privatrechtlicher Verträge für eine Privatperson von der öffentlichen Verwaltung erhoben werden. BayObLG. 2837[3]

§§ 350, 359 StGB.; Art. 78 BayGemO. Nach bayrischem Rechte sind ehrenamtliche Mitglieder des Gemeinderates nicht Beamte in staatsrechtlichem Sinne. Trotzdem gelten sie strafrechtlich als Beamte. BayObLG. 2836[2]

§ 360 Ziff. 8 StGB. Regierungsbaumeister ohne den Zusatz „a. D." als unbefugte Titelannahme. KG. 2844[3]

§ 360 Nr. 11 StGB. Auch die Belästigung eines kleinen Ausschnittes der Allgemeinheit genügt, wenn sich nur die Handlung mit ihrer Eignung zur Belästigung nicht gegen einen von vornherein bestimmten und abgegrenzten Kreis von Personen, sondern gegen eine nicht bestimmte und nicht abgegrenzte Mehrheit von Personen richtet. BayObLG. 2839[4]

§ 360 Nr. 13 StGB. Tierquälerei setzt schmerzerregendes Einwirken auf den Körper des Tieres voraus. BayObLG. 2840[5]

§ 361 Nr. 6 StGB.; § 16 GeschlKrG. Zum Begriffe des Aufforderns und Sichanbietens zur Unzucht. Belästigung und Ärgerniserregung. BayObLG. 2841[6]

§ 366 Ziff. 1 StGB. und PolVO. Verpacken und Verladen am Sonntag. KG. 2844[5]

§ 366 Ziff. 10 StGB. und PolVO. Plakat-(Reklame-)Papier und dessen Beseitigung. KG. 2844[4]

§ 370 Ziff. 5 StGB. Mundraub an Teilen einer nicht zum hauswirtschaftlichen Gebrauch geeigneten Sache. OLG. Königsberg 2852[18]

Republikschutzgesetz.

§§ 4 Nr. 1, 11 RepSchG., §§ 73, 128, 129 StGB. Der Begriff der Geheimhaltung. Die Unterstützung einer Verbindung kann dadurch geschehen, daß Personen sich öffentlich so zeigen, wie die Teilnehmer der Verbindung aufzutreten pflegten, und Kundgebungen veranstalten, die von diesen gebraucht wurden, um die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich zu lenken. Rechtliches Zusammentreffen ist möglich zwischen § 4 Nr. 1 und § 11 RepSchG. RG. 2816[34]

§ 5 Nr. 1 RepSchG. „Ausbeuterrepublik." RG. 2817[35]

Notgesetz.

Art. 1 § 4 Abs. 1 NotG. v. 24. Febr. 1923. Hat die Behörde die Erlaubnis zum Ausschank an Mitglieder eines Vereins erteilt, so bezieht sich diese auch auf solche Personen, die auf Grund später errichteter Vereinsstatuten nur als passive Mitglieder zugelassen werden. OLG. Dresden 2853 [21]

Gaststättengesetz.

§§ 1, 23, 30 Ziff. 11 GaststättG. Der Erwerber einer realen Schankwirtschafts-Gerechtigkeit muß vor Beginn der Ausübung die Erlaubnis einholen. Diese Pflicht besteht für einen den Ausschank von Getränken betreibenden Verein auch dann, wenn er den Ausschank nicht in der Absicht der Gewinnerzielung betreibt. OLG. Dresden 2854 [22]

Maß- und Gewichtsordnung.

§ 6 MaßO. v. 30. Mai 1908. Im öffentlichen Verkehr wird eine im Keller befindliche Waage eines Kaufmanns auch dann benutzt, wenn er sich durch sofortiges Nachwiegen gelieferter Ware vor Verlusten schützen will. OLG. Dresden 2854 [23]

Vogelschutzgesetz.

§ 3 VogelschutzG. Ausgestopfte Vögel sind keine toten Vögel i. S. des § 3. OLG. Stuttgart 2857 [26]

Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten.

§ 16 GeschlKrG.; § 361 Nr. 6 StGB. Zum Begriffe des Aufforderns und Sichanbietens zur Unzucht. Belästigung und Ärgerniserregung. BayObLG. 2841 [6]

Sächsisches Gesetz betr. den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen vom 25. Juni 1887.

§ 1 Ziff. 2, 3 SächsGes. betr. den Verkehr mit blei- und zinkhaltigen Gegenständen v. 25. Juni 1887. Unter der Innenseite sind nicht nur die mit dem Inhalt unmittelbar in Berührung stehenden Teile zu verstehen. OLG. Dresden 2853 [3]

Verfahren.

Strafprozeßordnung.

§ 57 Nr. 2 StPO.; § 161 StGB. Durch eine im Gnadenweg erfolgte Bewilligung der Löschung einer Verurteilung wegen Meineids im Strafregister wird die Eidesunfähigkeit nicht beseitigt. RG. 2817 [36]

§ 59 StPO. Die die Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen anordnende Bestimmung ist eine bloße Ordnungsvorschrift. RG. 2818 [37]

§ 85 StPO. Es handelt sich um einen bloßen Zeugenbeweis, wenn der Zeuge über die Ergebnisse der von ihm angestellten Versuche ausgesagt und das Gericht daraus durchaus selbständige Schlüsse gezogen hat, mag der Zeuge die Versuche auch im Auftrage des Gerichts angestellt haben oder mögen sie auch eine gewisse Sachkunde voraussetzen. RG. 2813 [32]

§ 114 StPO. Hat im Haftprüfungstermin ein AG. einen von einem anderen AG. erlassenen Haftbefehl bestätigt, so ist Haftbeschwerde an das dem ersten AG. übergeordnete LG. ausgeschlossen. OLG. Dresden 2859 [30]

■ **§§ 116 Abs. 5, 304, 310 StPO.** Weitere Haftbeschwerde auch über die Art und Weise der Durchführung der Untersuchungshaft. OLG. Hamburg 2860 [32]

§§ 138, 354 Abs. 2 StPO. Beweiskraft der Erklärung des Verteidigers, namens des Beschuldigten zu handeln. Zulässigkeit einer Zurückverweisung an den Amtsrichter durch das Revisionsgericht. KG. 2857 [27]

§§ 140, 338 Nr. 8 StPO. Durch den an das Gericht erster Instanz gerichteten Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers wird ein Recht des Angekl. auf einen Pflichtverteidiger auch für das Berufungsverfahren begründet. RG. 2818 [38]

■ Nichtverbrauch der Strafklage durch Einstellungsbeschluß nach **§ 153 StPO.** RG. 2818 [39]

§ 155 StPO. Stehen einander zwei Gruppen von Zeugen gegenüber, von denen jede an sich glaubwürdig ist und deren Aussagen einander widersprechen, so muß das Gericht jedes Beweismittel ausnützen, das zur Klärung beitragen kann. RG. 2821 [42]

§§ 155, 264 StPO.; §§ 74, 153 f., 156, 263 StGB. Die Rechtskraft des Schuldausspruchs steht dem Einwand des Verbrauchs der Strafklage nicht entgegen. RG. 2820 [40]

§§ 201, 183, 197 Abs. 2 StPO. Gegen die Ablehnung des Antrages des Angeschuldigten auf Ergänzung der Voruntersuchung steht dem Angeschuldigten die Beschwerde nicht zu. KG. 2858 [28]

§§ 212, 327 StPO. Nimmt der Angekl. seine Berufung zurück, so kann er in dem Verfahren über die Berufung der StA. nicht mehr rügen, daß die Voraussetzungen des § 212 StPO. nicht vorgelegen hätten. OLG. Düsseldorf 2859 [31]

§§ 233, 332 StPO. Beantragt ein von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Berufungsverhandlung entbundener Angekl. seine nochmalige Vernehmung vor der Berufungsverhandlung, so muß dem entsprochen werden. OLG. Dresden 2859 [29]

§§ 241, 242 StPO. 1. Hat der Zeuge die Frage, ob er vorbestraft sei, verneint, so braucht das Gericht dem nicht näher begründeten Antrag, eine amtliche Auskunft über das Vorliegen von Vorstrafen einzuholen, nicht stattzugeben. 2. Eine an einen Zeugen gerichtete Frage darf nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil sie unerheblich ist. Die ungenügend begründete Zurückweisung einer Frage führt nur dann zur Aufhebung des Urteils, wenn es auf dem Verstoß beruht. RG. 2822 [43]

§ 244 StPO. Wird ein Beweisantrag wegen Unerheblichkeit abgelehnt, so muß die Begründung erkennen lassen, ob Unerheblichkeit aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen angenommen wird, und im letzteren Fall müssen die Tatsachen, die die Unerheblichkeit ergeben sollen, angeführt werden. RG. 2823 [44]

§ 244 StPO. 1. Die Frage, ob ein Beweisantrag nur zur Verschleppung gestellt worden ist, darf lediglich aus der Person des Antragstellers entschieden werden. Der Verteidiger hat neben dem Angekl. ein völlig selbständiges Antragsrecht. 2. Es ist statthaft, daß der Vorsitzende Vorhaltungen eines Zeugen an einen anderen Zeugen zuläßt, wenn sie der Erforschung des Sachverhalts dienen. RG. 2819 [37]

§ 244 StPO. Bei der Ermittlung des Sinnes des Beweisantrages kann das RevG. den Akteninhalt mitberücksichtigen. RG. 2821 [42]

■ **§§ 244, 155 StPO.** Die Entsch. über den Antrag der Zeugin, an der der Angekl. eine unzüchtige Handlung begangen haben soll, aufzugeben, den Vorgang vor dem Gericht körperlich darzustellen, um dadurch die Unwahrheit ihrer Angaben und ihre Unglaubwürdigkeit zu erweisen, steht im Ermessen des Gerichts. RG. 2820 [41]

■ **§§ 245 Abs. 2, 338 Nr. 8 StPO.** Die Vernehmung eines geladenen und erschienenen Zeugen darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß die in das Wissen des Zeugen gestellten Tatsachen als wahr unterstellt würden. Durch die Ablehnung mit dieser Begründung wird die Verteidigung in einem wesentlichen Punkt unzulässig beschränkt. RG. 2825 [46]

§ 249 StPO. Die Verlesung eines früher in derselben Sache ergangenen Urteils bildet insoweit keinen Teil der Beweisaufnahme und unterliegt nicht den für diese geltenden Vorschriften über die beschränkte Verlesbarkeit, als sie nur erfolgt, um dem Gericht ein klares Bild von der Prozeßlage zu geben, die sich aus der teilweisen Aufhebung des Urteils ergeben hat. RG. 2825 [47]

§ 264 StPO. In der rechtlichen Beurteilung der Tat ist das BG. frei, es muß eine einheitliche Tat nach allen an sich möglichen rechtlichen Gesichtspunkten würdigen und darf wegen derselben Tat auch aus einem vom SchöffG. nicht beachteten oder ausdrücklich verneinten rechtlichen Gesichtspunkt verurteilen, im Falle einer Berufung des StA. — sei es auch unter Beschränkung auf das Strafmaß — ohne Bindung an die vom SchöffG. erkannte Strafe. RG. 2827 [49]

§ 267 Abs. 1 StPO.; § 214 StGB. Urteilsgründe. Im Falle des Totschlags bei Unternehmung einer strafbaren Handlung. RG. 2829 [50]

§§ 273, 274, 244 StPO. Ausschließliche Beweiskraft für den Beweissatz eines in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrages hat das Sitzungsprotokoll nur, wenn es nicht lückenhaft ist. RG. 2824 [45]

§ 300 StPO. ist nicht anwendbar, wenn ein Verteidiger im Irrtum darüber, daß die Berufung zulässig ist, Revision einlegt. OLG. Hamm 2861 [35]

§§ 305, 372, 399 StPO. Rechtsmittel bei formwidrigem Wiederaufnahmeverfahren. ObTrib. Kowno 2868 [1]

■ **§ 318 StPO.** Unzulässig ist die Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß mit dem Vorbehalt, daß nur die tatsächlichen Feststellungen des ersten Gerichts, nicht aber auch seine rechtliche Würdigung rechtskräftig sein sollen. RG. 2831 [53]

■ **§ 318 StPO.** Wirkung zulässiger Beschränkung eines Rechtsmittels auf den Ausspruch über eine Nebenstrafe. RG. 2830 [52]

§ 318 StPO. Die Beschränkung der Berufung durch schlüssige Handlungen. RG. 2830 [51]

§ 329 StPO. Aufhebung eines die Berufung wegen ungenügend entschuldigten Ausbleibens des Angekl. verwerfenden Urt., weil der für die Unzulänglichkeit der Entschuldigung angeführte Hauptgrund auf einem offensichtlichen Denkfehler beruht. RG. 2834 [54]

§ 329 StPO. Die Berufung des Angekl. ist auch dann zu verwerfen, wenn der Angekl. in dem ersten Hauptverhandlungstermin vor dem BG. erschienen ist, aber in einem späteren Hauptverhandlungstermin der BerInst. unentschuldigt ausbleibt. OLG. Hamm 2862 [36]

§ 338 StPO. Ist dem Angekl. zu Unrecht der Beistand eines Verteidigers vorenthalten worden, so kann dies in seiner verfahrensrechtlichen Wirkung nicht anders angesehen werden, als wenn ein Verteidiger bestellt gewesen und nicht zur Verhandlung erschienen wäre. RG. 2818 [38]

§ 338 Nr. 8 StPO. Die Revisionsrüge unzulässiger Beschränkung der Verteidigung steht nur dem Angekl., nicht dem Nebenkl. zu. RG. 2821 [42]

§§ 370 Abs. 2, 373 StPO. Wirkung des Beschlusses im Wiederaufnahmeverfahren, daß die Hauptverhandlung zu erneuern sei. OLG. Hamburg 2860 [33]

§ 413 Abs. 4 StPO. Eine polizeiliche

Strafverfügung unterbricht nicht schon mit ihrer Unterzeichnung die Verjährung der Strafverfolgung, wenn nicht schon bei der Unterzeichnung die Absicht besteht, sie wirksam werden zu lassen. OLG. Hamm 2860 [34]

§§ 466 Abs. 1, 473 Abs. 1, 260 StPO.; §§ 73, 74 StGB. Erachtet das erkennende Gericht die im Eröffnungsbeschluß zu einer fortgesetzten Straftat zusammengefaßten Einzeltaten als selbständige Handlungen und scheidet es eine von ihnen als unbewiesen aus, so muß es hinsichtlich dieser den Angekl. freisprechen und von der Tragung der besonderen Kosten entbinden, welche durch die Verhandlung dieses Straffalles entstanden waren. RG. 2826 [48]

Auslieferungsrecht

s. S. 2869 ff.

Gesetz betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

Staatenlosen steht ein Anspruch auf Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft nach Maßgabe des RGes. vom 14. Juli 1904 nicht zu. RG. 2784 [4]

Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz.

§ 6 PrPolG. von 1850. Befugnis der Polizei zur Festnahme von Personen im polizeilichen Interesse. Grenzen des polizeilichen Ermessens. OLG. Kassel 2856 [25]

C.

Steuerrecht.

Reichsabgabenordnung.

§ 66 Satz 1 RAbgO. Auch für Steuerpflichtige, die dauernd im Ausland weilen, gilt die Verlängerung der in § 66 Satz 1 erwähnten Fristen. RFH. 2759 [3]

Einkommensteuergesetz.

§§ 12, 15 EinkStG. Zur Frage, ob und inwieweit Tilgungsraten, die an Stelle einer Erbschaftssteuer getreten sind, abzugsfähig sind. RFH. 2864 [1]

Grunderwerbsteuergesetz.

§§ 5 Abs. 1, 8 Nr. 7 GrErwStG. a) Ist in Ermangelung eines formgültigen schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfts die Auflassung selbst als Veräußerungsgeschäft i. S. des § 5 Abs. 1 zu behandeln, so ist deren Steuerpflichtigkeit davon abhängig, daß aus dem ihr zugrunde liegenden, wenngleich unverbindlichen Veräußerungsgeschäfte nicht ein Befreiungsgrund i. S. des § 8 zu entnehmen ist. b) über die Frage, ob ein Grundstücksaustausch i. S. des § 8 Nr. 7 vorliegt, ist von der Steuerbehörde zu entscheiden. RFH. 2759 [2]

Wertzuwachssteuer.

Dem Erwerbspreis werden auch diejenigen Geldzahlungen zugerechnet, die der gutgläubige Erwerber eines lastenfreien Grundstücks auf Grund des sog. Ausgleichsanspruchs an seinen Rechtsvorgänger zu zahlen hatte. FinGer. Darmstadt 2759 [1]

Kapitalertragsteuer.

§ 1 VO. v. 16. Okt. 1930 (RGBl. I, 464). Wertpapiere mit Zusatzverzinsung unterliegen dem Steuerabzug vom Kapitalertrag. RFH. 2758 [1]

Branntweinmonopolgesetz — Aufwertung.

§ 242 BGB.; § 213 BranntwMonG. v. 26. Juli 1918; § 17 EntschädVO.; VO. d. RFM. v. 21. Dez. 1923; RGes. v. 28. Dez. 1929. RG. 2700 [11]

Preußisches Stempelsteuergesetz

§ 10 TarSt. 15 LStempStG. Entstehung des Abtretungsstempels bei der mit der Hypothekenbestellung verbundenen Abtretung des Brandversicherungsanspruchs an den Hypothekengläubiger. RG. 2739 [38]

D.

Sonstiges öffentliches Recht.

Reichsverfassung.

Art. 118 RVerf. Ungültigkeit des Verbots der Parteiuniform der NSDAP. (vor der NotVO. v. 28. März 1931) auch in Hamburg. Grenzen der Freiheit der Meinungsäußerung. OLG. Hamburg 2855 [24]

Art. 131 RVerf. Verneinung eines Verschuldens des Polizeipräsidenten und Ministers bei Schließung eines Spielklubs trotz später vom OVG. erfolgter Außerkraftsetzung dieser Maßnahme. RG. 2783 [3]

Gewerbeordnung.

§ 55 GewO.; Art. 1, 16, 20 BayHausStG. Reine Reklame- und Werbetätigkeit ist nicht Aufsuchen von Bestellungen. BayObLG. 2843 [7]

Abgeltungsverordnung.

Die **AbgeltungsVO. v. 24. Okt. 1923** ist durch die Aufwertungsgesetzgebung nicht aufgehoben. Die nach § 5 AusfBest. vom 6. Nov. 1923 zu bildende Kommission hat auch über Ansprüche gegen die für Rechnung des Reiches handelnde Stelle zu entscheiden. RG. 2737 [37]

Reichsversorgungsgesetz.

Ein auf Grund des **§ 77 RVersorgG.** eingetragenes Veräußerungsverbot ist auch gegenüber früher eingetragenen Rechten wirksam. KG. 2748 [6]

Preußisches Verwaltungsrecht.

Clausula rebus sic stantibus. Inwieweit die vom RG. über die Clausula rebus sic stantibus für bürgerlich-rechtliche Verhältnisse aufgestellten Grundsätze auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse übertragen werden können, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann der Grundsatz nicht verallgemeinert werden. PrOVG. 2760 [1]

Preußisches Enteignungsgesetz.

§ 16 PrEnteigG.; § 452 BGB. Auch ohne Einleitung eines Enteignungsverfahrens ist ein auf Grund der Androhung und zur Vermeidung eines solchen abgeschlossener Kaufvertrag nach Enteignungsgrundsätzen zu behandeln, so daß die Kaufpreisforderung Wertschuld ist. Bei dieser ist ein Verarmungsfaktor nicht zu berücksichtigen. RG. 2736 [36]

Preußisches Gesetz über den Verkehr mit Grundstücken.

■ **PrGrVerkG. v. 10. Febr. 1923;** §§ 873, 891 BGB. Die nachträgliche behördliche Genehmigung zu der Auflassung macht den Erwerber dann nicht zum Eigentümer, wenn er zwar vor der Erteilung der Genehmigung zunächst als Eigentümer eingetragen, diese Eintragung aber im Augenblick der Erteilung durch Berichtigung des Grundbuchs wieder beseitigt und eine neue Eintragung des Eigentumswechsels nicht erfolgt ist. RG. 2726 [27]

§ 7 Abs. 3, 4 PrGrVerkG. Die Feststellung der Behörde über den Beginn der Frist bindet das Gericht; nicht dagegen die Auffassung und Feststellung der Behörde, daß die Frist mit der Wirkung der gesetzlich vermuteten schweigenden Genehmigung abgelaufen ist. RG. 2734 [35]

Preußisches Agrarrecht.

§ 9 PrVO. v. 20. Juni 1817 u. 30. Juni 1834 (GS. 161 u. 96); § 567 ZPO. Beschwerde gegen Ablehnung eines Gesuches des Landeskulturamtspräsidenten um Abgabe der Akten an das Kulturamt. OLG. Kiel 2751 [10]

Thür. und Hamburg. Disziplinarrecht.

§ 70 ThürStBG. Der Dienststrafrichter ist an die Feststellungen des Strafrichters gebunden. Die Frage, ob ein Beamter durch seine Verfehlung das Vertrauen und die Achtung, die die amtliche Wirksamkeit erfordert, völlig verloren hat und deshalb des Dienstes zu entsetzen ist, ist nicht vom Standpunkt einer einzelnen Beamtenklasse aus zu beurteilen, sondern nach den Anforderungen, die im allgemeinen an Beamte gestellt werden. ThürDienstStH. 2866 [1]

§ 14 HambDiszG. v. 7. Jan. 1884. Grundsätzlich ist der Hamburg. Disziplinarrichter nicht an die Feststellungen des Strafrichters gebunden. Diese sind nur außerordentlich wichtiges Erkenntnismittel. HambDiszH. 2867 [2]

E.

Friedensvertrag.

Die deutschen sozialen und staatlichen Versicherungen haben ihre Forderungen in Oberschlesien durch den Versailler Vertrag und spätere völkerrechtliche Bindungen nicht an Polen verloren. RG. 2690 [2]

Für die Schriftleitung verantwortlich: Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin W 62, Maaßenstraße 27. (Fernsprecher: Lützow 6363)
Druck: Oscar Brandstetter in Leipzig.